



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**

**“EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL
NEOLIBERALISMO: VIOLACIONES A DERECHOS ENTRE
PARTICULARES E IMPACTO EN EL DESARROLLO
NORMATIVO”**

TÉSIS Y EXÁMEN PROFESIONAL

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

ADRIÁN RODRÍGUEZ BRIBIESCA

ASESOR: DR. JOSÉ ANTONIO ALVAREZ LEÓN.

**SANTA CRUZ ACATLÁN, NAUCALPAN, ESTADO DE MÉXICO,
NOVIEMBRE DE 2016.**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por la vida.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Estudios Superiores Acatlán por el aprendizaje, a la Universidad de la Coruña por la cooperación en mi preparación profesional.

Al sínodo que aportó lo propio para la realización de este trabajo. A mi asesor el doctor José Antonio Álvarez León por su tiempo, al licenciado Guillermo Martínez Romo por su puntual compromiso y a la licenciada Araceli Rodríguez Saro Vargas, con singular y gran aprecio, por su inefable apoyo desde que llegué a esta Facultad.

A pueblo de México y sus contribuciones, pilares fundamentales para mi formación profesional. A mi familia, amigos y superiores del ámbito laboral con particular cariño, a la memoria de quienes ya no están junto a mí y cuyo recuerdo me hace sonreír y, finalmente, a usted lector.

CONTENIDO TEMÁTICO

Introducción.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO I ESTADO, DERECHOS Y SERVICIOS DE SALUD

EL CONCEPTO DE ESTADO Y SU DESARROLLO JUNTO A OTROS SISTEMAS

I. Origen, características y estructura del Estado moderno.....	1
II. Evolución del Estado moderno	4
a) Surgimiento del liberalismo y el Estado liberal moderno.....	4
b) Periodo de transición al Estado contemporáneo y el surgimiento del neoliberalismo.....	9
c) Los planteamientos del neoliberalismo.....	11
d) Origen y fundamento del Estado contemporáneo mexicano.....	13
e) Influencia del neoliberalismo en el Estado contemporáneo mexicano	14

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

III. Derecho y derechos explicados desde las teorías jurídicas.....	16
IV. Origen y recepción en el ordenamiento jurídico mexicano del Derecho de la salud.....	18
V. Los estudios jurídicos en la fundamentación de la protección a la salud como derecho fundamental humano	20
VI. Fundamentos teóricos del derecho a la protección de la salud.....	29
a) Definición, contenido, elementos básicos, características.....	29
b) La interdependencia.....	34

SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA PARTICULAR

VII. Conceptos y estructura de los servicios médicos.....	40
VIII. Relaciones, efectos y responsabilidad directa de los prestadores de servicios médicos particulares.....	41

- a) Relación de efecto directo vertical entre el PSSP y el Estado..... 41
- b) Relación de efecto directo vertical entre el PSSP y otro particular.. 41
- c) Relación de efecto directo entre terceros o efecto horizontal..... 42

CAPITULO II

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

- I. Contenido y alcance del derecho a la protección de la salud..... 44
 - a) En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..... 44
 - b) En los tratados internacionales de los que México es Parte..... 49
 - c) En la Ley General de Salud..... 63

INSTITUCIONES DE TUTELA Y GARANTÍA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

- II. La administración Pública Federal..... 68
 - a. Secretaría de Salud 68
- III. Competencias Jurisdiccionales..... 70
 - a) El Poder Judicial de la Federación 70
 - b) Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....73

LAS TESIS JURISPRUDENCIALES Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

- IV. Establecimiento y funcionamiento de las tesis jurisprudenciales..... 75
- V. Tesis de jurisprudencia que vinculan al Estado y a los prestadores de servicios sanitarios particulares (PSSP) 77

CAPÍTULO III
ANÁLISIS DE RESOLUCIONES SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA
SALUD EN EL NEOLIBERALISMO

ANÁLISIS DE CASOS CONTENCIOSOS ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS Y EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

I. Fundamento y finalidad jurídica para analizar los casos contenciosos con impacto neoliberalista en la normativa mexicana.....	88
II. Casos en relación al impacto del neoliberalismo en el derecho a la protección de la salud	90
a) Caso Ximenes Lopes vs Brasil.....	90
b) Caso Melba Suárez vs Ecuador.....	99

EXAMINACIÓN JURÍDICA

III. La progresividad del derecho a la protección de la salud en el neoliberalismo, las violaciones entre particulares y el impacto en el desarrollo normativo	105
--	-----

CONCLUSIONES Y APORTACIONES

IV. Conclusiones.....	110
V. Aportaciones.....	116
Bibliografía.....	120

INTRODUCCIÓN

Los cambios de paradigma que el Estado mexicano ha sufrido por varias décadas responde a las necesidades y el entorno propio de cada sociedad que alberga, por ejemplo, la adopción de la doctrina neoliberalista paralela al intervencionismo y la presencia del sistema regional de justicia interamericano en asuntos de fuente interna.

Ante esta estructura normal de desarrollo del Estado se presentó la reforma constitucional en materia de derechos humanos en 2011 que dotó de mejores condiciones normativas a las personas para hacer frente a las situaciones que pudieran colocarlas en riesgos graves. Dentro de esa reforma se incluyó al derecho a la protección de la salud como una categoría que el Estado ya tutelaba frente a la comunidad internacional y que, con el nuevo paradigma proteccionista, desarrolló a favor de las personas una protección ampliada.

Aunque el derecho a la protección de la salud, como un derecho fundamental humano, fue estudiado por mucho tiempo y bajo diversas denominaciones ya superadas, como un derecho subjetivo regulado por el derecho social; en este contexto se pudo aclarar que aunque su fuente esta en las políticas sociales, no impide que su contenido tenga presencia en el derecho privado y publico. Mediante el estudio del derecho a la protección de la salud se puede establecer inicio de una reformulación del Estado, del Derecho y sus contenidos, de los derechos protegidos, la participación de los particulares y las obligaciones en el ámbito de las relaciones internacionales.

En esta investigación, el elemento central es la protección jurídica que el Estado mexicano reconoce, interna e internacionalmente, a todas las personas sujetas a su jurisdicción y bajo las modalidades y restricciones que el ordenamiento jurídico establece para ello, en el contexto de la inmersión de la política neoliberal y la vigilancia del sistema judicial interamericano en el cumplimiento de los tratados internacionales y disposiciones internas de México,

cuando de la interacción de los particulares resulten violaciones al derecho a la protección de la salud por la prestación de servicios de atención médica.

Para mejor precisión, este trabajo se fundamenta en el carácter constitucional del derecho a la protección de la salud, la intervención de los particulares en su violación y la responsabilidad internacional de los Estados antes estas condiciones. De esta manera, esta investigación aborda cuestiones de constitucionalidad y desecha todo tratamiento de índole penal, civil o mercantil.

En ese sentido, este documento se perfila como estudio integral y *sui generis* sobre constitucionalidad del derecho a la protección de la salud cuando de la participación de los particulares que prestan servicio de atención médica se produzcan violaciones a derechos humanos y que estas puedan ser imputables a los Estados por su actividad. Además, busca detectar el impacto que las resoluciones judiciales a casos concretos han producido a ese derecho y su actual diseño normativo.

Precisamente, el problema que se detectó para iniciar el análisis jurídico en esta investigación es el que surge cuando los prestadores de servicios médicos privados cometen violaciones al derecho a la protección de la salud porque sus actividades no son supervisadas por las autoridades, y con ello, agravan la salud de los pacientes por prácticas quirúrgicas inadecuadas, no informan a aquellos sobre su real estado de salud y en casos de urgencia no atienden a heridos o enfermos sin que medie pago por eventos aleatorios, entre otros; todo esto como consecuencia de no prever los conflictos normativos al adoptar el neoliberalismo y la competencia del sistema interamericano de derechos humanos sobre el modelo intervencionista del Estado, y al efecto se expuso de manera hipotética para dar solución al problema que si toda violación al derecho a la protección de la salud por prestadores de servicios médicos particulares cuya actividad se orienta por el neoliberalismo en un Estado que no previó los conflictos normativos al reconocer la competencia del sistema interamericano de derechos humano, es una responsabilidad imputable al Estado por su actividad, y si toda afectación a la salud cometida por esos prestadores de servicios médicos es una violación al

derecho de protección a la salud, entonces toda afectación a la salud cometida por la actividad de esos prestadores de servicios médicos es una responsabilidad imputable del Estado intervencionista por su actividad.

Además, de forma complementaria en este trabajo se propuso responder a la interrogante: ¿qué impacto produce el neoliberalismo en el derecho a la protección de la salud en el Estado intervencionista que reconoce la competencia del sistema interamericano de derechos humanos?

Para resolver el problema planteado y corroborar la hipótesis, la investigación se estructura de tres capítulos cuyos objetivos que son del tenor siguiente:

En el primer capítulo se explica teóricamente al Estado, al neoliberalismo y los servicios de atención médica particulares para conocer su relación con las violaciones al derecho de protección a la salud. Luego, el segundo se enfoca al estudio del sistema normativo, institucional y documentado de orientación para el derecho a la protección de salud en México, los criterios emitidos por autoridades y protocolos de actuación médica para identificar el contenido, alcance y límites de protección de ese derecho, y el tercer capítulo tienen por objeto analizar las resoluciones de casos sobre violaciones a la protección de la salud entre particulares para identificar la integración e impacto del neoliberalismo y el judicialismo interamericano en este derecho y hacia el ordenamiento normativo mexicano.

Finalmente, la estructura y objetivos del capitulado servirán sistemáticamente para analizar las violaciones al derecho de protección a la salud entre particulares, mediante el empleo de estudios teóricos, normas en materia sanitaria y resoluciones emitidas por autoridades; con el fin de hacer una reestructuración teórica y normativa que coadyuve a disminuir las violaciones, garantizar eficazmente y en su caso, a reparar de mejor manera las afectaciones a ese derecho humano, principalmente desde la regulación vigente en México, vista desde el aspecto constitucional de las ciencias jurídicas.

CAPÍTULO I

ESTADO, DERECHOS Y SERVICIOS DE SALUD

El primer capítulo de esta investigación está estructurado para explicar desde el aspecto teórico al Estado, a los fundamentos y aplicabilidad del sistema neoliberalista desde un concepto amplio, el contenido del derecho a la protección de la salud y la estructura de los servicios de atención sanitaria que brindan los particulares a fin de conocer su relación con violaciones al derecho a la protección de la salud; y con ello reconocer el entorno jurídico del derecho a la protección de la salud en el Estado mexicano desde su origen hasta su contenido actual en el Derecho constitucional mexicano con fundamento en las teorías del área jurídica.

EL CONCEPTO DE ESTADO Y SU DESARROLLO JUNTO A OTROS SISTEMAS

IX. Origen, características y estructura del Estado moderno.

El concepto de *Estado* fue acuñado en la cultura occidental europea con la aparición del renacimiento italiano en el siglo XV y designaba indistintamente a las organizaciones políticas fundamentales de hombres que habían existido desde tiempos inexactos de la humanidad hasta entonces. Estas agrupaciones humanas fueron llamadas de formas diversas según su estructura, temporalidad y funcionamiento. Los griegos, por ejemplo, llamaron *polis*, *basileias*, *koinonía* a sus agrupaciones identificándolas como comunidades políticas principalmente. Desde la fundación de Roma, en el año 723 a.C, hasta la caída del Sacro Imperio Romano Germánico, se emplearon voces como *regnum*, *imperium*, *urbs* y *civitas*, por ejemplo, para identificar a sus comunidades organizadas.

A dicho concepto de origen florentino que integra un conjunto de personas, espacio, normas para establecer las relaciones entre ellos y la forma de ejercer el poder, actualmente con un matiz político se analiza como *Estado moderno* y fue Nicolás Maquiavelo quien en su intitulada obra *El príncipe*, publicada en el año 1513, dotó de significación a ese fenómeno de las relaciones humanas y lo fijó

como elemento de estudio político sobre el que cualquier sociedad se desarrolla. Para este autor, el Estado es “la situación de la cosa pública”.¹ De esta manera, muchas obras literarias comienzan a emplear *stato* (italiano), *stato* (inglés), *status* (latín), *état* (francés) o Estado (español) para referirse al fenómeno político de constitución de organizaciones humanas.

En la evolución del concepto de Estado planteado primero por Maquiavelo, diversos autores han aportado definiciones según su punto de vista y es importante aclarar que dicho concepto es empleado por diferentes disciplinas y de ello, las que interesan a fin del presente trabajo es la ofrecida por la sociología al cual llama *Estado-nación*, ya que este concepto integra al gobierno, territorio y a la población, mientras que otras disciplinas se enfocan solo a actividades políticas que puede desarrollar el Estado en su función como entidad frente a otros Estados y como persona creada, siguiendo las ideas de Hobbes, para obligar a los individuos a respetar las reglas de convivencia de la comunidad. Para este efecto, hay definiciones que se agrupan según las corrientes de pensamiento dominante en una época o lugar determinado en racionalistas, realistas, jurídicas, sociológicas y políticas que permiten conocer diversos enfoques. De esto, por ejemplo, José Antonio Crespo define sociopolíticamente al Estado como:

Conjunto de instituciones encargadas de tomar las decisiones colectivas que afectan a todos los miembros de una comunidad política. Es la institución que detenta el poder político. Entidad social con la fuerza coercitiva suficiente para hacer valer la ley en la comunidad en que actúa, y de aplicar las sanciones respectivas a quien violente la normatividad.²

El ideal de Estado para este autor se centra en las relaciones de poder que establecen las instituciones públicas para hacer valer la legislación a los gobernados, primero existe el Estado y luego las leyes. Hans Kelsen, por el contrario, solo acepta el concepto jurídico de Estado sobre el sociológico y lo define como “el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico, el

¹ AGUILAR BALDERAS, Lidia, *Teoría General del Estado*, Grupo Editorial Patria, 1ª edición, México, 2008, pág. 1.

² CRESPO, José Antonio, *Para entender el Estado*, Nostra ed., México, 2006, pág. 1.

orden hacia el cual se orientan ciertas acciones del hombre, o la idea a la cual los individuos ciñen su comportamiento”.³ Para este jurista, las leyes son las que definen y sostienen al Estado para que las personas logren sus finalidades de acuerdo con las mismas normas sociales.

Junto a esto, existen teorías que explican la aparición del Estado como una entidad especial a partir de sus elementos; el territorio, el gobierno o poder, la pluralidad de individuos que lo integran, así como su naturaleza y finalidad, por ejemplo: las teorías naturalistas afirman la necesaria aparición del Estado, donde la voluntad humana no influye, pues las personas se integran con sus iguales y establecen un liderazgo territorial sobre otra que pueden contraponerse. Al final, la especie más débil se extingue por falta de poder o ambición.

Por otra parte, Georges Burdeau, defensor de las teorías estales de origen en la violencia, afirma que “la formación del Estado, coincide con una cierta forma de poder, y esta forma particular de poder resulta de una concepción dominante en el grupo, y aceptada por los gobernantes mismos, en cuanto a la naturaleza de la fuerza o potencia política”.⁴ La violencia es un medio de desarrollo para estas teorías, mientras que Juan Jacobo Rousseau, desde la óptica del contractualismo estatal propone al contrato como medio para superar el estado de naturaleza humana y establecer límites a los derechos de cada uno. Tomás Hobbes, parte de la idea que el hombre, desvirtuado de su naturaleza humana por la sociedad, es el lobo del hombre y el contrato supondría superar la barbarie en que se encuentra para evitar la violencia.

Los planteamientos de la filosofía, por ejemplo desde las teorías éticas, el Estado se origina en la naturaleza racional y libre de los individuos y tiene como finalidad su integración para desarrollar el pensamiento, la virtud, la felicidad, el bien, la verdad y la justicia.

³ Tomado de: HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Martha Guadalupe, *La seguridad pública como una necesidad, desde un marco constitucional*, tesis, UNAM, México, 2010, pág. 12 en relación al concepto de Hans Kelsen en su célebre *Teoría General del Derecho y del Estado*.

⁴ Esta idea corresponde a la cita que se hace en BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El jurista y el simulador del derecho*, Ed. Porrúa, México, 1998, pág. 14.

Frente a estas posiciones, Hans Kelsen propone la teoría jurídica de creación del Estado al afirmar que se origina de un sistema normativo vigente y puro basado en ideologías que surgen de las familias, pues en virtud del choque producido por la pluralidad de estructuras sociales se somete desde las leyes a otras familias a través de la guerra, el rendimiento laboral y la economía. Hay que indicar que esta teoría es la más radical y se acepta su debate en virtud que a falta de leyes tampoco sería posible la existencia del Estado.

Las explicaciones anteriores tienen un vértice común para afirmar el origen del Estado en el poder como un medio para estructurar las relaciones personales en un entorno geofísico y ese mismo poder es el que produce el desarrollo del Estado, que en primer momento se planteó como un concepto de la ideología política y más tarde se configuró materialmente como un sistema organizacional a partir de hechos históricos como enseguida se muestra.

X. Evolución del Estado moderno.

El Estado como sistema materializado se originó en el poder o dominio de las personas sobre otras a través del transcurso del tiempo y se ha desarrollado paralelamente con las formas de controlar ese poder o dominio por diversos medios de la realidad sociocultural.

f) Surgimiento del liberalismo y el Estado liberal moderno.

El concepto moderno de Estado ya había sido estudiado multidisciplinariamente cuando en Inglaterra surgió la doctrina del liberalismo en obras escritas de sus precursores, principalmente Hobbes, David Hume y Bernard de Mandeville, quienes tratan temas de libertad y protección individual de las personas en el siglo XVI, XVII y la mitad del siglo XVIII, es decir, durante el periodo que va de la revolución inglesa de 1688, la americana de 1776 y la revolución francesa junto a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Estos acontecimientos fueron producto de la renovación técnica, del iluminismo humanista y cambios sociales y culturales a partir de la

noción de la libertad analizada por esos escritores, como elemento para buscar la separación del Poder frente al despotismo y la salvaguarda de derechos personales a través de la reducción de funciones del Poder, en textos legales, que más tarde darían lugar a la evolución hacia el Estado de Derecho, entendido como la sujeción de la actividad estatal en lo prevenido expresamente por esos textos. Hobbes planteó en *El Leviatán*, que el Estado como persona moral era un monstruo integrado por los propios hombres y que era necesario limitar su actuar en asuntos económicos para brindar libertad a los sujetos y solo debía intervenir para controlar sus relaciones por voluntad de las personas, con lo cual, también a Hobbes se le considera partidario del contractualismo arriba expuesto. De otro lado, Bernard de Mandeville, sugirió que el Estado interviniera de forma moderada en las relaciones interpersonales, puesto que las desigualdades y enfrentamientos de diversos individuos producen servicios, y toda vez que es algo natural, el Estado no puede evitar esas diferencias, por lo tanto solo debería intervenir para controlar el efecto de las actividades que causasen perjuicios a las de otras personas.

En la segunda mitad del siglo XVIII y hasta principios del siglo XIX, es consolidada la doctrina del liberalismo⁵ en Inglaterra y Francia. Teóricos como Adam Smith con su ley del interés personal y Jean Baptiste Say con su teoría de las crisis, en relación con la teoría del *laissez faire – laissez passer* proponen que la libertad personal frente al abstencionismo estatal sea el mecanismo natural del desarrollo de una nación. Según Smith, la intervención del Estado solo debería ser para administrar justicia, defender al país y sostener instituciones no lucrativas como la educación, obras públicas y correos. Robert Malthus trató a la libertad desde el punto de vista de la regulación estatal y fundamenta la libertad en relación al Estado para dictar leyes que frenaran el crecimiento de la población y evitara la indigencia al aumentar los factores de mortalidad y evitar la procreación

⁵ El Profesor Moisés Gómez Granillo afirma que el origen de esta frase es incierto y que diversos fisiócratas lo atribuyen a Vicente de Gournay y otros más a Jean Colbert o al propio Marques de Argenson. GÓMEZ GRANILLO, Moisés, *Breve historia de las doctrinas económicas*, Ed. Esfinge, 24ª edición, 13ª reimpresión, México, 2010, pág. 50.

de hijos fuera del matrimonio o en aquellos matrimonios constituidos ya, limitar su capacidad económica para evitar nuevos nacimientos. En esta idea, la libertad es relativa y resolutoria, o sea, hasta en tanto no se tuviera capacidad para contraer matrimonio o económica para alimentar a los hijos, no debía permitirse el crecimiento poblacional.

Justo es esta etapa, con el concepto moderno de Estado formulado por Maquiavelo y con la influencia de la doctrina liberalista, surgió el *Estado liberal moderno*. Una idea de restructuración de la organización política para limitar la esfera de seguridad del Estado al territorio, la salubridad, la administración de justicia y policía. El Estado liberal moderno se caracterizó por reducir las funciones estatales a las de seguridad y protección de derechos individuales, determinar un régimen garantista mínimo, establecer el principio de la división de poderes como garantía de la libertad y legitimidad del pueblo para establecer su gobierno y como reconocimiento al imperio de la ley obligatorio tanto para gobernados como para gobernantes, y con ello la formulación del concepto de *Estado de Derecho* en el siglo XIX del cual Zagrebelsky enfatiza de la siguiente forma:

La expresión Estado de derecho es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. [...] No cabe duda que el Estado de derecho ha representado históricamente uno de los elementos básico de las concepciones constitucionalistas liberales [...]. Dada la posibilidad de reducir el Estado de Derecho a una fórmula carente de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional, no es de extrañar que en la época de los totalitarismo de entre-guerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como Estados de derecho. Con un concepto tal de Estado de derecho, carente de contenidos [...] se habría podido aplicar a cualquier situación [...], cualquiera que esta fuese". Pero el Estado liberal de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado. Esta nueva forma de Estado característica del siglo XIX lo que destacaba en primer plano era la protección y la promoción del

desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad.⁶

Debió haber libertad individual bajo las normas de Derecho que el Estado defendiera y respetara para llegar al Estado liberal de Derecho. Sin embargo, este modelo “fundado en la relación individuo-Estado, por consiguiente, ignoró la existencia de grupos sociales [...]”.⁷ Y es a mediados del siglo XIX, durante el apogeo y también ocaso del liberalismo en la concepción moderna del Estado, John Stuart Mill, influido por el pensamiento de Smith, David Ricardo y su padre, John Mill, analizó el concepto de libertad en relación al Estado y a las actividades económicas de las personas y a diferencia de los precursores liberalistas, él consideró que la libertad se protegía al salvaguardar a quienes no forman parte del gobierno de un Estado, incluyendo en su discurso a los grupos sociales ignorados hasta entonces, y por ello, no bastaba con abstener al Estado de actuar, pues en verdad que su cometido esencial era evitar perjuicios entre todas las personas. En la concepción de Mill, el Estado debe actuar para proteger a quienes lo necesiten.

De esta manera, el liberalismo estatal fue entendido como filosofía de salvaguarda del interés personal, una corriente económica que propone al Estado como ente regulador de actividades mercantiles y como visión política para la protección de derechos de todas las personas frente al Estado, sin olvidar que la protección de que trata el liberalismo clásico en esta etapa es en relación a los bienes y al concepto de propiedad, porque solo quien tuviere la propiedad de estos podría invocar la protección, establecer relaciones frente al Estado, defenderse frente a este, obtener rentas que garantizaran su estatus social, procrear libremente en número a su descendencia y proteger su interés del de las demás personas en tanto y como pudiera, por ello, al surgir el socialismo se le

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, Trotta, 3ª ed., Madrid, 1999, págs. 21 a 23.

⁷ [FAYT, Carlos Santiago, *Historia del pensamiento político: La edad moderna. La reforma. El absolutismo. El Estado liberal moderno*, tomo dos, 2ª edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 186.](#)

consideró como la oposición al liberalismo y, sobre todo, Friedrich Hayek lo analiza más tarde como una tergiversación.

En ningún caso fue absoluta la libertad, ni para las personas porque constituiría la anarquía ni para el Estado pues sería un tirano. “La base doctrinal de esta escuela es la apología del individualismo capitalista sostenido por la libertad personal, la propiedad privada, y la iniciativa y control individual de la producción”.⁸ La evolución y declive del liberalismo se atribuye a John Stuart Mill, pues sustentó que la interferencia coactiva del Estado era necesaria para evitar perjuicio entre los miembros de la sociedad, incluido los grupos sociales. De un lado pedía libertad, de otro la coacción limitadora. El contexto social de la industrialización, el surgimiento de la concepción del Estado policía, el socialismo junto al nacionalismo propiciaron el ocaso del liberalismo, pues el cambio político giraba en torno al concepto de la sociedad desarrollado por Comte, a la protección por parte del Estado al redactarse la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, al establecimiento de reglamentos administrativos y del trabajo con motivo de la maquinización, de la transformación política hacia la democracia social inglesa y de los nacionalismos, principalmente en Europa, es decir, aparecía el socialismo como contrapartida al individualismo que se desarrolló por el liberalismo.

Ahora el concepto de libertad fundado en la propiedad privada era destruido por el concepto de propiedad pública o comunitaria, y con ello, los miembros de organizaciones colectivas ya podían hacer frente a la actividad del Estado en relación a sus derechos. Ya en esta época, “el sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley en el núcleo central de una importante concepción del derecho preñada de consecuencias.”⁹

⁸ Programa Educativo Visual, *Nueva Enciclopedia Autodidáctica. Dibujo, música, economía y psicología, Tomo VIII*, Lexus editores, Madrid, 1998, pág. 147.

⁹ ZAGREBELSKY, *Op. Cit.*, págs. 23 y 24.

Karl Friedrich dice, respecto del liberalismo en el Estado, que “declinó, pero no fracasó, pues permaneció como un humanismo perpetuo que se opone al totalitarismo en todas sus formas”¹⁰ y en esa línea de pensamiento lo reafirma Omar Guerrero porque esa misma doctrina ha sido latente en el curso de la historia política de los Estados actuales.

g) Periodo de transición al Estado contemporáneo y el surgimiento del neoliberalismo.

El liberalismo de Estado permaneció latente como oposición a cualquier régimen totalitario desde que inició su apogeo y declive a mediados del siglo XIX cuando aparece el socialismo también en Inglaterra, así como el cooperativismo en Francia y Alemania, y entre diversos factores, por la propia obra revolucionada de Stuart Mill en que desarrolló la democracia social junto al liberalismo y por ello se le llamó *padre del socialismo liberal*, que en opinión de varios liberalistas no existe el socialismo liberal, ya que ambos conceptos son opuestos entre sí. A ese enfoque del liberalismo reciente se llamó *nuevo liberalismo* porque no apelaba directamente contra la intervención estatal sino solo contra la calidad que brindaba en sus operaciones y servicios.

El economista Thomas Green es quien, junto a Francis Charles Montague, continúa el desarrollo del liberalismo clásico provocando su evolución, y así hasta su reaparición después de la Gran Guerra, cuando surge la doctrina basada en el liberalismo clásico aunque más radicalista y extrema en sus principios, que ahora conocemos como *neoliberalismo*.

En el siglo XIX las sociedades sufrieron el individualismo basado en el concepto de propiedad, y hasta casi mediados del siglo XX, ya que estaban destruidas las vías de comunicación que provocaron el descenso de la producción industrial, alimentos y combustible, así como el establecimiento de aranceles altos

¹⁰ GUERRERO, OMAR., *Neoliberalismo, De la utopía a la ideología*, Ed. Fontamara, 1ª edición, México, 2009, pág. 54.

entre Estados, se adoptó el modelo de *Estado de bienestar*¹¹ con el que se procuraba proteger a la sociedad de esas circunstancias.

Sin embargo, esto era cuestionable pues el intervencionismo de Estado que lo promovía fue precisamente el que adoptaron los Estados Unidos de América para retirar sus capitales de Austria, lo cual produjo su inestabilidad económica y con ello un factor de debilidad frente al nacionalsocialismo alemán que llevó, entre otros factores, a la Gran Guerra que terminó en 1945, el año en que la bipolaridad mundial junto al resurgimiento del liberalismo de corte radical se popularizó en el bloque capitalista que dio lugar en 1947 a la aparición de la Sociedad de Mont Pelerin en Suiza fundada por Hayek.

En esta Sociedad se establecieron las bases del neoliberalismo, más tarde difundido desde Harvard y con economistas como Murray Rothbard, discípulo de Ludwig von Mises, teórico del neoliberalismo como reacción a la economía regulada, es decir el intervencionismo estatal. Así aparece el replanteamiento del concepto de Estado moderno que los teóricos llamaron Estado contemporáneo. Este concepto surgió al final de la Segunda Guerra mundial en la dogmática política para reestructurar el modelo de intervención e interacción entre los Estados. Junto a este concepto también surgió la doctrina que reformulaba los postulados clásicos del liberalismo que se originó del lado del bloque capitalista y por ello, el resultado fue orientado hacia la economía, sin ser el único ámbito.

El neoliberalismo que surgió fue una reacción al ascenso de los regímenes de economía regulada que propugnaban las teorías de Keynes y su modelo de Estado de bienestar, de quien el austriaco Friedrich August von Hayek era su

¹¹ “[...] el estado de bienestar se consolidó en los países centrales después de la Segunda Guerra Mundial como una forma de Estado capitalista que buscó regular los mercados y que, en especial, procuró una expansión y resguardo de ciertos derechos sociales de los asalariados, así como procesos de redistribución del ingreso, por medio de arreglos institucionales variados como sistemas jurídicos de protección de los trabajadores, prestaciones de seguridad social y servicios públicos generalizados como la educación y la salud”. [EZCURRA, Ana María, ¿Qué es el neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente, Ed. Patria, México, 2008, pág. 36.](#)

opositor de ultranza. Este economista defendía el liberalismo clásico, del capitalismo frente al socialismo y desacreditaba el pensamiento colectivista.

h) Los planteamientos del neoliberalismo.

La obra de Hayek titulada *Camino de servidumbre*, considerada punto de partida del neoliberalismo, analiza la tergiversación que se dio al concepto de libertad cuando el individualismo radical provocó en los indigentes el descontento por no tener propiedades, y que agrupados en colectividades buscaban la libertad, pero ya no era aquella de que trataban los liberales clásicos sino la libertad material de la opresión en que se encontraron, la coerción del Estado a los grupos sociales y el individualismo en busca de la organización de la propiedad comunitaria.

Es por ello que Hayek adecua los postulados liberales clásicos pero dentro de un Estado capitalista, produjo un extremismo y luego surgió el neoliberalismo, que “es confuso y de origen reciente. Prácticamente desconocido en Estados Unidos, tiene alguna utilización en Europa, especialmente en los países del este. Está ampliamente difundido en América Latina, África y Asia”.¹² El neoliberalismo, desde la perspectiva jurídica reordena los conceptos de norma, validez, coercibilidad y jerarquía, sistema, ordenamiento y pluralismo jurídico y evoluciona las relaciones del derecho interno con el derecho de fuente internacional, sin embargo, el neoliberalismo se caracteriza por:

1. Carecer de legitimidad al ordenamiento jurídico en vista que su fuente depende de agentes externos, en gran medida.
2. Configurar una economía irrestricta en el comercio pues el valor de los servicios dependen del nivel de satisfacción que puedan generar a quien los ofrece, no a quien los requiere.
3. Fortalecer el poder individual y limitar el poder de la Administración Pública. En este sentido, hay una mayor privatización de los servicios públicos de

¹² *Op. Cit.*, GUERRERO, Omar, *Ibidem*, págs. 33 a 34.

atención y sobre aquella, una degradada reglamentación en los servicios, independientemente de los parámetros empresariales de competencia, eficacia y eficiencia de los particulares.

4. Considerar que el concepto de propiedad pública no debe existir, pues la intervención de la ciencia del Estado desnaturaliza la ciencia económica y daña la propiedad privada.
5. Existir dominio privado de los factores de producción y actualmente se observa que la iniciativa privada ha acaparado casi cualquier tipo de servicio sin que ello, en materia de salud constituya un monopolio, como las farmacéuticas o especialidades.
6. Reducir la carga fiscal y con ello, el recorte al gasto público social. En esta situación, el costo por los servicios de salud, pueden ser muy altos y dejar en la pobreza a quien los contrate sin implicar la intervención del Estado para esa regulación, pues se entiende realizada, es estas circunstancias, desde el aspecto civil y mercantil de la contratación.
7. Buscar la satisfacción material y externa humana porque el fin superior solo es el crecimiento económico.

El investigador Jaime Cárdenas Gracia en su artículo “Las características jurídicas del neoliberalismo” para la revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México reitera de la siguiente manera la condición del neoliberalismo:

Nuestra postura es crítica respecto del neoliberalismo globalizador, porque éste ha ido prohiendo un nuevo orden mundial, que carece de legitimidad democrática, y que en la elaboración de sus normas y directrices es profundamente opaco. Por eso, algunos autores neoconstitucionalistas como Ferrajoli insisten en mundializar el constitucionalismo.¹³

¹³ CÁRDENAS GRACIA, Jaime., “Las características jurídicas del neoliberalismo”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 32, enero – junio 2015, pág. 4 y 5, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/69/pr/pr3.pdf>. Consultado el 25 de abril del 2016.

Aunado a esta idea, Omar Guerrero dice que de esta manera, el neoliberalismo “[...] se concibe a sí mismo como una concepción interesada exclusivamente en la conducta mundana del hombre, motivo por el cual se ocupa de su progreso externo y su bienestar material [...]”.¹⁴

Estas características son vigentes y fueron las que configuraron el contexto de restructuración de los Estados a mediados del siglo XX. Por primera vez en Latinoamérica, durante la dictadura chilena de Augusto Pinochet en 1973 se presentó el neoliberalismo y luego se expandió por el continente hasta llegar a la política económica y social de las administraciones públicas federales en México hacia 1982 al tenor que se indica a continuación.

i) Origen y fundamento del Estado contemporáneo mexicano.

El surgimiento del neoliberalismo en México también inició con la doctrina que pretendía liberar a las personas de sus propios y ajenos males. Su contexto fue el establecimiento de la dictadura de Antonio López de Santa Anna, del cual la gente estaba en descontento por su sistema totalitario.

De las siete veces que Santa Anna ocupó la presidencia, la última (de 1853 a 1855) provocó la revolución liberal por un grupo de ilustrados políticos que estaban en contra del conservadurismo dictatorial, la restricción de las garantías de las que hablaba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que ya habían sido reconocidas en México por la Constitución Federal de los Estados- Unidos Mexicanos de 1824 y porque anhelaban restablecer la república. Esos enfrentamientos dieron lugar a la convocatoria para establecer el Congreso Constituyente de 1856 también llamado *Congreso del siglo*¹⁵ del cual emanó la Constitución Política de la República Mexicana de 1857 de corte liberal en que se reconocieron *De los derechos del hombre* según la denominación dada al Título primero, Sección primera del mismo texto, la cual se formó de 29

¹⁴ *Op. Cit.*, GUERRERO, Omar., *Ibidem*, pág. 54.

¹⁵ SAYEG HELÚ, Jorge, *Introducción a la historia constitucional de México*, Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, México, 2011, pág. 165.

artículos. De esta manera el liberalismo se presentó en varios textos mexicanos por influencia de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. De ese texto se recibieron ideas liberalistas en el constitucionalismo mexicano y posteriormente con la falta de protección a los grupos sociales, se iniciaron los enfrentamientos políticos y sociales que dieron lugar a los debates en materia de protección hacia esos grupos en el congreso queretano de 1916. Tales demandas fueron plasmadas en el artículo primero en relación a la igualdad entre los individuos y las garantías reconocidas, tercero sobre educación, quinto sobre la prestación de trabajos personales, veintisiete sobre la constitución de la propiedad privada y sus modalidades y el artículo ciento veintitrés sobre las facultades del Congreso de la Unión y de las legislaturas de los Estados para expedir leyes en materia del trabajo regulando en todo momento las condiciones de trabajo mínimas.

El contenido normativo de estas regulaciones, impulsó el constitucionalismo social en el mundo, seguido del liberalismo, intervencionismo estatal y la protección a grupos considerados vulnerables en México, sin desconocer sus garantías individuales. Con la experiencia en otros Estados sobre el modelo de Estado de bienestar, México adoptó dicho modelo haciendo del intervencionismo un asistencialismo social, y de este modo surgió el Estado contemporáneo mexicano hacia el año de 1980.

j) Influencia del neoliberalismo en el Estado contemporáneo mexicano.

La doctrina del neoliberalismo dentro de las políticas estatales surgió a finales de los setenta “[...] con el advenimiento de las administraciones Thatcher y Reagan y [...] comenzó a propalarse en América Latina [...]”,¹⁶ llegando a México con un enfoque hacia la economía, más no hay que olvidar que el neoliberalismo es una doctrina amplia y el contenido en la economía es solo una parte de la misma.

¹⁶ [EZCURRA, Ana María., Op. Cit., pág. 41 y 42.](#)

A partir de 1982 asume la presidencia Miguel de la Madrid Hurtado, inaugurando la etapa de los gobiernos neoliberales y dando fin a lo que se conoce como los gobiernos de la Revolución.

Miguel de la Madrid pondrá en marcha una política económica inspirada en los dictados de los organismos capitalistas internacionales, lo que se conoce como el “Consenso de Washington” [...]. El gobierno de Miguel de la Madrid puso en marcha el Programa Inmediato de Reordenación Económica (PIRE), que era simplemente la implementación de los acuerdos con el FMI y los acreedores. Este programa inicia los programas neoliberales en México.¹⁷

Así apareció el neoliberalismo en el Estado que luego se extendió a los derechos de los particulares y radicalizó al modelo intervencionista que ya existía. Ahora este modelo se enfrenta a problemas normativos porque el intervencionismo de Estado es opuesto al neoliberalismo que los particulares defienden y que, ante estas situaciones, los órganos judiciales internacionales intentan controlar mediante un perfeccionismo. Además, ese perfeccionismo día a día es insuficiente para contener en la causa a las posturas y afecta ello a la defensa del derecho internacional de los derechos humanos, en específico, el derecho a la protección de la salud.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Las teorías jurídicas perfilan a los derechos de las personas como aquellos valores intangibles, que más allá de su reconocimiento en los textos legales, forman un conglomerado sistemático derivado de la interacción personal sin el cual la convivencia social sería más difícil de llevar a cabo. En este apartado se estará al origen, fundamento teórico y contenido del derecho a la protección de la salud. Se informa que la base de este estudio está sustentado en teorías e investigaciones parlamentarias del sistema internacional de las Naciones Unidas del que México forma parte, así como de documentación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Congreso de la Unión, y que por su vigencia y eficacia

¹⁷ IBARRA ESCOBEDO, Rubén, *Construcción del estado neoliberal y decadencia de oportunidades de bienestar en México*, Ed. Lito Grapo, UAEM y Porrúa, México, 2010, p. 83 y 84.

han sido empleadas por los órganos del Poder Judicial de la Federación, principalmente, para dictar resoluciones que versen sobre la protección a la salud como derecho constitucionalmente reconocido en la Federación y dentro de la justicia interamericana de protección a los derechos humanos.

XI. Derecho y derechos explicados desde las teorías jurídicas.

El *Derecho de la salud* es un sistema objetivo de normas jurídicas que, como dice Barragán, en una copia textual a la ley, “tienen por objeto definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecer la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general”.¹⁸ Este sistema surgió en Derecho social de 1917 que integraba a todos los individuos en la actividad del Estado. De aquí derivó el concepto constitucional de *salud* porque la fracción XVI del artículo 73 de dicho texto lo mencionaba como una facultad del Congreso para legislar, y fue hasta la reforma constitucional de 1983 que la protección a ese valor subjetivo formó parte del catálogo de tutela dentro del entonces denominado capítulo *De la garantías individuales*.

El Derecho de la salud, a través de las bases y modalidades, establece el acceso a los servicios de salud, su prestación y reconoce la titularidad subjetiva del derecho a la protección de la salud para todas las personas. El tema de la salud, visto desde el enfoque jurídico, distingue tres conceptos fundamentales que son el derecho sanitario, la atención médica y protección a la salud como derecho. El Derecho de la salud es también llamado Derecho sanitario. Indistintamente es un conjunto de normas jurídicas, objetivas y vigentes con las cuales se determina la prestación de servicios relacionados con la salubridad general. Una definición propuesta para el Derecho sanitario es de la siguiente manera:

[...] se trata de una disciplina jurídica, que hemos definido por consenso internacional a título de rama autónoma del derecho público encargada de regular

¹⁸ MOCTEZUMA BARRAGÁN, G, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, Ed. Cámara de Diputados LVIII legislatura y UNAM, México, 2002, pág. 4.

los actos de protección a la salud en sentido estricto, es decir, la Salud Pública, la atención médica y la asistencia social y así también como la disciplina emergente, que define las relaciones entre los usuarios o pacientes y los sistemas nacionales de salud y, fundamentalmente, entre aquellos y el médico o los profesionales sanitarios, junto con los principios que les sirven de fundamento.¹⁹

Existe también el denominado *derecho a la salud*²⁰ que se refiere a la posición de los prestadores de servicios médicos frente a una persona en caso de urgencia, independientemente de si puede o no pagar los servicios requeridos, con lo cual, la prestación del servicio de atención médica por cuestión de humanidad es el único vínculo que existe, independientemente de los costos que pueda originar tan luego sea prestado el auxilio. Además hace referencia a las acciones u omisiones que tanto los particulares como el Estado están obligados en sus actividades a fin de evitar el daño o deterioro de la salud de una persona.

Concretamente, el Derecho sanitario es un género de la ciencia jurídica y los demás conceptos que se vinculen serán sus objetos de estudio. De las tres categorías expuestas, el *derecho a la protección de la salud* es el que reconoce explícitamente la Constitución a favor de todas las personas y se define como:

[...] aquel derecho que se ostenta frente al Estado a fin de obtener una acción positiva de éste dirigida a la efectiva satisfacción de la salud individual por encima de las posibilidades personales del sujeto.²¹

¹⁹ GONGORA RODRÍGUEZ, Roberto, *et al.*, (coord.), *Medio alternos de resolución de conflictos con énfasis en mediación*, Fundación universitaria de derecho, administración y política, México, 2009, pág. 77.

²⁰ El *derecho a la salud* “se refiere a estar saludable, algo que es imposible garantizar para cualquier Estado, ya que va más allá de sus posibilidades [...]” en Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Número 84. Derecho a la salud”, *Decisiones Relevantantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, SCJN y UNAM, México, 2016, pág. 121.

²¹ Olga Sánchez Cordero atribuye la idea a Pedro Escribano Collado en su obra *El Derecho a la Salud*, durante su participación en el Simposio Internacional “Por la calidad de los servicios Médicos y la mejoría de la relación médico Paciente”, celebrado en el auditorio Jaime Torres Bodet del Museo Nacional de Antropología e Historia en la Ciudad de México, el 9 de octubre de 2000, Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20A%20LA%20PROTECCION%20DE%20LA%20SALUD.pdf>. Consultado por última vez el 6 de junio de 2016.

Respecto del termino *salud*, el Diccionario de la Lengua Española lo define como el “1.- [...] estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas su funciones. 2.- Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado [...]”²², la Organización Mundial de la Salud establece que “no solo es la ausencia de enfermedad, sino de un estado de completo bienestar físico y mental, en un contexto ecológico-social propicio para su sustento y desarrollo.”²³ Esta definición que fue utilizada hasta la expedición del decreto por el que se adiciona un artículo 1o. Bis a la Ley General de Salud en diciembre de 2013 en que se plasma la definición legal de salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.²⁴ Esta definición carece de objetividad jurídica en la ley porque define un estadio y no una categoría que al efecto, importe al Derecho.

XII. Origen y recepción en el ordenamiento jurídico mexicano del Derecho de la salud.

La siguiente exposición ilustrativa sobre los textos constitucionales de la historia de México permite conocer las modalidades y diversos medios por los cuales, el actual derecho a la protección de la salud apareció.

- a. El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814 contiene en el artículo 118 del Capítulo VIII denominado *De las*

²² Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a ed., t. II, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2001, pág. 2017.

²³ Naciones Unidas, Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 22 de julio de 1946. Disponible en: <http://www.who.int/es/>. Consultado por última vez el 8 de mayo de 2016.

²⁴ DECRETO por el que se adiciona un artículo 1o. Bis a la Ley General de Salud. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2013. Artículo Único.- Se adiciona un artículo 1º. Bis a la Ley General de Salud, para quedar como sigue:

.....
TRANSITORIO

ÚNICO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. México, D.F., a 24 de octubre de 2013.- Dip. Ricardo Anaya Cortés, Presidente.- Sen. Raúl Cervantes Andrade, Presidente.- Dip. Angelina Carreño Mijares, Secretaria.- Sen. María Elena Barrera Tapia, Secretaria.- Rúbricas."

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a dos de diciembre de dos mil trece.- Enrique Peña Nieto.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, Miguel Ángel Osorio Chong.- Rúbrica.

atribuciones del Supremo Congreso, la facultad exclusiva para “[...] Aprobar los reglamentos que conduzcan a la sanidad de los ciudadanos”, es evidente que el acceso a los servicios sanitarios estaban subordinados a la calidad de ciudadanos.

- b. En la Constitución Federal de los Estados - Unidos Mexicanos de 1824, no existe disposición expresa sobre la materia de salubridad y faculta a los Estados para dictar sus disposiciones legales sin contravención a la Constitución, de este modo es posible que cada Estado haya adoptado un sistema sanitario que el mismo vigilara.
- c. Las (siete) leyes constitucionales de 30 de Diciembre de 1836. En la Ley sexta denominada *División del territorio de la Republica y gobierno interior de sus pueblos*, en el artículo 25, establece a cargo del ayuntamiento “la policía de salubridad y comodidad. [...]”.
- d. Bases orgánicas de 1843 no contiene mención expresa al tema.
- e. Constitución Política de la Republica Mexicana de 1857. En el titulo sexto denominado *Prevenciones Generales* en el artículo 117, este ordenamiento contemplaba que: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución á los funcionarios federales, se entienden reservadas á los Estados”.²⁵ De esta manera, se emplea el mismo sistema de la Constitución Federal de los Estados - Unidos Mexicanos de 1824, para delegar cualquier otra facultad a los Estados, en tanto no sea contraria a la Constitución.
- f. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. En su publicación en el Diario Oficial, el cinco de febrero, no se hacía mención alguna a la salud como un derecho, sin embargo, si lo hacía expresamente respecto de una facultad del Congreso para legislar como sigue:

SECCION III.

DE LAS FACULTADES DEL CONGRESO.

²⁵ Cfr. Constitución Política de la República Mexicana de 1857. Disponible en: <http://congreso.gob.mx/>. Consultado por última vez el 25 de septiembre de 2015.

Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

[...]

XVI.- Para dictar leyes sobre [...] salubridad general de la República.²⁶

El texto constitucional fue reformado y en relación a este derecho humano, primero se reconoció como una garantía individual cuando se adicionó un párrafo al artículo 4º, publicado en el Diario Oficial el tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres y en la actualidad, tras la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se reconoce como derecho fundamental de la siguiente manera:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.²⁷

Además, en la Constitución también se establece la facultad exclusiva para legislar en esta materia de la siguiente forma:

Sección III

De las Facultades del Congreso

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XVI. Para dictar leyes sobre [...] salubridad general de la República.²⁸

XIII. Los estudios jurídicos en la fundamentación de la protección a la salud como derecho fundamental humano.

Las teorías jurídicas son conocimientos sostenidos en tesis que sirven para explicar el significado de elementos y su interrelación a partir de un lenguaje propio que define y atribuye propiedades a los mismos. Consecuentemente, el derecho a la protección de la salud se fundamenta en conceptos jurídicos que

²⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Disponible en: <http://congreso.gob.mx/>. Consultado por última vez el 21 de febrero de 2016.

²⁷ *Ídem*. Artículo 4º.

²⁸ *Ídem*. Artículo 73.

precisan de fuentes, evolución, interrelación conceptual y operatividad legal. Como es sabido, el Derecho es un sistema normativo, derecho o derechos son reconocimientos normativos estatales e internacionales a favor de las personas. “Cuando hablamos de derechos hablamos simplemente de un tipo especial de normas”²⁹ en palabras de Alexy.

En la historicidad de los derechos hubo una diversidad semántica, por ejemplo, derechos del hombre, de la persona, individuales, subjetivos, fundamentales, naturales y hasta libertades públicas según la denominación francesa.³⁰ Estas precisiones semánticas pertenecieron a un sistema estatal interno que ha sido superado y por ello, para esta investigación solo se utiliza el concepto de *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, porque son empleados en las normas vigentes de México.

El *Derecho* como un sistema de normas jurídicas estudia al *derecho objetivo* que son normas que delimitan formalmente la actuación, la relación y los efectos de estas mismas entre las personas; y el derecho subjetivo que, siguiendo a Kelsen, es “el derecho de un determinado sujeto, diferente del orden jurídico, en cuanto derecho objetivo”.³¹ En este sentido, *el derecho subjetivo*, caracterizado por el mismo autor, es el “derecho de un determinado sujeto”,³² “un interés jurídicamente protegido”³³ llamado así por Ihering según Alexy,³⁴ “un poder volitivo otorgado por el orden jurídico [...], una autorización, un poder jurídico otorgado por el ordenamiento jurídico a un individuo”,³⁵ “un poder de la voluntad o superioridad de la voluntad que confiere el ordenamiento Jurídico”.³⁶

²⁹ ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Ed. Fontamara, 1ª ed., México, 1993, pág. 24.

³⁰ Basado en información de BIDART CAMPOS, Germán J, *op. Cit.*, págs. 166 a 168.

³¹ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, trad. Eduardo García Máynez, 3a. ed., México, UNAM, 1979, pág. 139.

³² Ídem.

³³ Robert Alexy comenta que Ihering llama así al derecho subjetivo en *Ibidem*, pág. 145.

³⁴ *Op. Cit.*, ALEXY, Robert, pág. 22.

³⁵ *Op. Cit.*, KELSEN, Hans, pág. 145.

³⁶ Corresponde a una cita de Windscheid en *op. Cit.*, ALEXY, Robert, pág. 22.

Dentro de estos llamados derechos subjetivos, y visto su objeto hacia las personas, entendidas como seres humanos, existen los *derechos fundamentales*, junto a otros de carácter patrimonial, que “están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público”.³⁷ Bidart Campos, mediante una cita de Gregorio Peces Barca, dice que la finalidad genérica de estos derechos es “favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciar todas las posibilidades derivadas de su condición”³⁸ y sus funciones son: “instalar al hombre en la comunidad política con un status satisfactorio para su dignidad de persona”³⁹ y manifestar “un sistema cultural de valores y bienes que componen el status material de la persona humana”.⁴⁰

Los derechos fundamentales se estudian como “aquellos adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables”⁴¹, en la dogmática jurídica como “derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo [...]”⁴² y materialmente como “leyes del más débil como alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia”.⁴³ Luigi Ferrajoli, define estos derechos fundamentales como:

[...] todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de “status” de persona, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar: entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para

37 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimpresión, Madrid, 2012, pág. 383.

38 *Op. Cit.*, BIDART CAMPOS, German, J., pág. 73.

39 *Ídem.*

40 *Ídem.*

41 FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Ed. Trotta, 29ª edición, Madrid, 2010, p. 42.

42 *Ídem.*

43 *Ibidem*, pág. 43.

ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁴⁴

Los derechos fundamentales, siguiendo la idea de Ferrajoli, pueden ser primarios o secundarios. Se ejercen por todas las personas o solo algunas de ellas, como ciudadanas o como personas con capacidad de obrar. Al cruzar estas distinciones se obtienen cuatro tipos de derechos fundamentales; a saber: *derechos humanos, públicos, civiles y políticos*.

Cuadro 1. Clasificación de los derechos fundamentales basado en ideas de Luigi Ferrajoli.

Derechos primarios	Derechos secundarios
Para todas las personas. (Derechos humanos).	Para todas las personas con capacidad de obrar. (Derechos civiles).
Para todos los ciudadanos. (Derechos públicos).	Para todos los ciudadanos con capacidad de obrar. (Derechos políticos)

De la primera categoría, los *derechos humanos* “conciernen indistintamente a todos los seres humanos”, los *derechos públicos* son “derechos primarios reconocidos solo a los ciudadanos”, los *derechos civiles* son derechos secundarios adscritos a todas las personas con capacidad de obrar y los *derechos políticos* son “derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar”.⁴⁵ La función de estos derechos es “asegurar la esfera de libertad del individuo”.⁴⁶

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Ed. Trotta, 7ª edición, Madrid, 2010, pág. 37.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Ed. Trotta, 7ª edición, Madrid, 2010, pág. 40.

⁴⁶ Alexy cita a Carl Smith en ALEXY, Robert, *Teoría...cit.*, pág. 383.

Según Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*, el derecho fundamental es “un haz de posiciones de diferente contenido y diferente estructura”⁴⁷ y esto coincide con lo apuntado por Ferrajoli al establecer una gama de posiciones desde las cuales los seres humanos ejercen sus derechos, ya desde el estatus de humanos en los derechos fundamentales humanos o desde el estatus de ciudadano dentro de los derechos fundamentales políticos, por ejemplo. Los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos son distintos y constituye un error utilizarlos como sinónimos en diversas ocasiones, pese a que pueden coincidir en el mismo objeto de protección.

Si bien es cierto que se trata de conceptos que están íntimamente ligados, no lo es menos que cada uno tiene sus peculiaridades [...] los derechos fundamentales son concebidos como derechos [...] garantizados por el ordenamiento jurídico positivo.⁴⁸

Los derechos fundamentales, entendidos como normas esenciales con las que se crea el Estado se originan en disposiciones de carácter interna, no así los derechos humanos que tienen su fundamento material en las disposiciones comunes internacionales. Derechos fundamentales son aquellos que surgen de la Constitución, el concepto de derechos humanos surge de convencionalismos para unificar las disposiciones de cada Estado de normas internacionales en normas nacionales y viceversa, además, otra característica que atiende al calificativo de *humanos* la ofrece Giorgio del Vecchio porque considera que el ser humano “tiene por su naturaleza ciertos derechos valederos. A tales derechos podría llamárseles [...] humanos [...] la base del arraigo está dada por la naturaleza humana”.⁴⁹ “Solo puede concebirse los derechos humanos en cuanto especie del derecho natural en el sentido de que deben deducirse de la naturaleza del hombre en cuanto tal”.⁵⁰ Nino y otros autores sostienen que:

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 219.

⁴⁸ TORRES ESTRADA, Pedro (compilador), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Ed. Limusa y el ITESM, México, 2006, pág. 245.

⁴⁹ Bidart Campos, *op. Cit.*, pág. 99.

⁵⁰ El profesor Germán Bidart Campos cita a una revista en *Ibidem*, pág. 113.

Un rasgo distintivo de los derechos humanos es que ellos versan sobre bienes de fundamental importancia para sus titulares, [...] la clase de sus beneficiarios está integrada por todos los hombres y nada más que los hombres; su posesión no puede estar restringida a subclases de individuos humanos [...] la pertenencia a la especie humana es, según esta formulación, condición necesaria y suficiente para gozar de los derechos en cuestión.⁵¹

Se entiende por Derecho Humanos al conjunto de garantías que establecen los ordenamientos legales nacionales e internacionales con objeto de proteger, frente al poder público, los derechos fundamentales de los seres humanos, en cuanto a su dignidad y el respeto que merecen por el mero hecho de pertenecer a la especie humana. [...]

En cuanto a las características que la doctrina jurídica señala para esta serie de derechos tan importantes para el hombre son: a) Generalidad, b) Imprescriptibilidad, c) Intransferibilidad, d) Permanencia [...] su internacionalización, su alcance progresivo, su amplitud protectora frente a quienes los pueden violar.⁵²

Lo anterior demuestra que, los derechos fundamentales son el género y los derechos humanos son una especie y por ello, Luis Arturo Zavala de Alba dice que “todos los derechos fundamentales son derechos humanos, pero no todos los derechos humanos son derechos fundamentales”.⁵³

La lógica de estos enunciados atiende a que, cronológicamente en un principio cada Estado reconoció los derechos que fueron fundamentales para asegurar la libertad de las personas en el ámbito interno de su gobierno por medio de sus Constituciones, y más tarde, al adoptar convenciones internacionales, el calificativo *fundamental* se trasladó desde los derechos subjetivos hasta el derecho objetivo como parámetro de organización; y así, los derechos fundamentales humanos se han considerado como “facultades e instituciones que,

⁵¹ NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, ed. Astrea, 2ª edición, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 2007, pág. 40 y 41.

⁵² QUINTANA ROLDÁN, Carlos y SABIDO PENICHE, Norma., *Derechos humanos*, Ed. Porrúa, México, 1998, pág. 23 y 24.

⁵³ TORRES ESTRADA, Pedro, (compilador), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, Ed. Limusa y el ITESM, México, 2006, pág. 245 y 246.

en cada momento histórico, concretan exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.⁵⁴

De esta manera, con apoyo en la dogmática jurídica de México, podemos corroborar lo anterior mediante el estudio del artículo 133 relativo a la integración de la Ley suprema de toda la Unión en relación con el artículo 1° de la Constitución Política vigente y la reforma en materia de derechos humanos de 2011. Primero se establecieron derechos subjetivos en favor de los gobernados que fueron los derechos fundamentales, luego, por aplicación del derecho internacional se reconoció la calidad de derechos humanos a esos derechos que encontraron concierto con otros derechos de similar protección en otros Estados, dotándolos de una garantía reforzada y con ello, su posicionamiento hacia derechos humanos.

Por estas razones, el concepto correcto para referirse a esas normas jurídicas es la de “derechos fundamentales humanos”, ya que, como se explicó, puede haber derechos fundamentales que no sean humanos o que siendo derechos humanos para algunos Estados, resulten infundados para otros Estados bajo esa categoría; es incorrecta cualquier otra posición sintáctica bajo la demostración anterior, inclusive eliminando el adjetivo.

Si solo se llama “derechos humanos” o “derechos fundamentales” se dejan abiertas amplias categorías, o si se prefiere “derechos humanos fundamentales” es incorrecto ya que materialmente su construcción es primeramente interna en los Estados y su observancia sigue sujeta a las disposiciones de carácter normativo del Estado que las reconoce, bajo las modalidades y reservas invocadas en misma la norma suprema,⁵⁵ sin embargo, este concepto solo es

⁵⁴ *Ídem.*

⁵⁵ Basado en ORTEGA GARCÍA, Ramón, “El enfoque restrictivo de los derechos humanos: comentarios a la contradicción de tesis 293/2011”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 32, enero – junio 2015,

válido si, focalizado en el aspecto interestatal se estudian los derechos subjetivos comparadamente para deducir el origen de su fundamento iusfilosófico en el concierto internacional de aceptar la protección de la misma categoría jurídica reconocida previamente como un derecho subjetivo de los gobernados. Identificado el derecho fundamental y humano, la teoría de los derechos estudia las especies como *derechos de protección* -llamados así por Robert Alexy, por ejemplo- que son:

Derechos del titular del derecho fundamental frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros. Los derechos de protección pueden tener como objeto cosas muy diferentes [...]. No solo la vida y la salud son posibles bienes protegidos, sino todo aquello que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es digno de ser protegido, por ejemplo, la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad. Los derechos de protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que este realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía, así como la exigibilidad judicial y la implementación de esta delimitación, es una de las tareas clásicas del orden jurídico [...] un estudio de los derechos de protección tiene que considerar tres problemas estrechamente vinculados entre sí: la existencia, la estructura y la exigibilidad judicial de esos derechos.⁵⁶

Ahora bien, todos derechos fundamentales están protegidos por garantías, es decir, “el medio, como su nombre lo indica, para garantizar algo, para hacer eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado.”⁵⁷ Luigi Ferrajoli, en *Democracia constitucional y derechos fundamentales*, dice con mayor detalle que:

Es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo⁵⁸ [...] por tanto, garantías,

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/69/pr/pr3.pdf>. Consultado por última vez el 1 de febrero de 2016.

⁵⁶ ALEXY, Robert, *Teoría...cit.*, págs. 398 y 399.

⁵⁷ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC- GREGOR, Eduardo (coord.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, Ed. Porrúa, México, 2006, pág. 1032.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Ed. Trotta, 29ª ed., Madrid, 2010, pág. 60.

respectivamente, positivas y negativas, las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión correspondientes a esas particulares expectativas que son los derechos subjetivos, sean patrimoniales o fundamentales. Pero también son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación mediante sanción o anulación, que se generan con la violación de los derechos subjetivos. Llamaré garantías primarias o sustanciales a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos fundamentales garantizados. Llamaré garantías secundarias o jurisdiccionales a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no validos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias.⁵⁹

Junto a estas tesis relativas a los derechos fundamentales humanos, sus garantías y contenidos, es importante indicar que todos los derechos tienen una esfera delimitada y solo pueden ser restringidos los objetos que protegen mediante otras normas de carácter constitucional.⁶⁰ Al respecto, Alexy afirma que bajo la teoría externa existe el derecho en sí, y al restringirlo queda el derecho restringido.

Es decir, dos elementos, el derecho y su restricción. “Una imagen totalmente distinta subyace a la llamada teoría interna. Según estos planteamientos, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino solo una: el derecho con un determinado contenido”.⁶¹ Y señala que las restricciones son normas que actúan sobre los bienes protegidos por los derechos fundamentales. Dichas normas si son establecidas en la constitución se llaman directamente constitucionales, de otra forma, las que son de rango inferior, son indirectamente constitucionales.

Por consiguiente, se advierte que los derechos están sujetos a disposiciones constitucionales ordinarias de situaciones o posiciones y que los principios de interpretación son desplazados a un segundo lugar como lo muestra

⁵⁹ *Ibidem* pág. 63 y 64.

⁶⁰ Basado en el análisis que de ALEXY, Robert, *Teoría...cit.*, págs. 239 a 256.

⁶¹ *Ibidem*, pág. 240.

textualmente nuestra Constitución y dado que es un texto sistemático, se debe aún en materia de derechos fundamentales humanos, aplicar sus preceptos por encima de los principios.

VI. Fundamentos teóricos del derecho a la protección de la salud.

a) Definición, contenido, elementos básicos, características.

El “derecho a la protección de la salud” se originó en la *Carta Social Europea* y poco se difundió, empero se han empleado otros conceptos como el de derecho a la salud, muy común en los ordenamientos normativos actuales y algunas veces se interpreta como derecho a la protección de la salud, tal como lo hace la mayoría de los tratados internacionales, y por ejemplo también, algunas normas de carácter estatal en Latinoamérica.

El Derecho agrupa de forma objetiva al Derecho sanitario, que comparte los principios generales del Derecho que son la justicia, el bien común y la seguridad jurídica, además de sus propios fines específicos como son la dignidad humana, la protección de la salud y la vida, la seguridad en la asimilación tecnológica, acceso a investigación y mejoría en la calidad de vida. Asimismo, el derecho sanitario se sirve de instrumentos legales, deónticos médicos, de la ley sanitaria de cada Estado, la investigación para la salud, prospectiva médica y la regulación para lograr sus fines.⁶²

El derecho a la salud está vinculado directamente con la conducta interpersonal en caso de emergencias o necesidad, o bien, como algunos autores indican, es preferible llamarlo derecho a la asistencia médica. Ahora bien, el derecho constitucional a la protección de la salud que es el derecho subjetivo, fundamental y humano, que reconoce el Estado mexicano a todas las personas sin distinción alguna, es un derecho que tutela a la protección de la salud como objeto inmediato final, y no a la salud directa y en primer lugar, pues si la salud fuera vulnerada, el Estado como primer garante de los derechos fundamentales

⁶² GONGORA RODRÍGUEZ, Roberto, et al. (coord.), *op. Cit.*, pág. 79.

sería en todo momento responsable de las afectaciones. El derecho a la protección de la salud no tutela a la salud, es un derecho subjetivo a no sufrir alteraciones en nuestro estado de salud, solo eso.⁶³

En sentido, el derecho a la protección de la salud cumple con las características de un derecho fundamental, que son:

1. Un ámbito de libertad;
2. La protección subjetiva, y;
3. Un derecho a acciones.⁶⁴

El ámbito de libertad “existe cuando se deja en manos del individuo una alternativa de acción por medio de una norma de derecho fundamental”. Vale recordar que el Derecho se ocupa de la conducta humana que es externalizada y no estudia a la naturaleza en sí, sino los resultados de su acontecer cuando afecta las relaciones o situaciones interpersonales o individuales. Por ejemplo, con acierto y en relación a las situaciones y condiciones inherentes a los humanos, la constitución mexicana vigente prohíbe la discriminación motivada por el género, las discapacidades, las condiciones de salud y las preferencias sexuales, entre otras; ya que son meros estados, permanentes o transitorios, determinados por la naturaleza o de hecho aleatorios que son jurídicamente indeterminables en su acontecimiento. Nótese que la redacción del propio artículo 1º hace referencia, por ejemplo, a las “condiciones de salud”, más no a la “salud” directamente. Luego, constitucionalmente están protegidas en primer grado las “condiciones” necesarias para mantener la salud y con ello la garantía que le corresponde a tal derecho es la de procurar la conservación o mejoría de esas “condiciones” del estado de salud deseado y no la salud como sustantivo directamente, y así, la imputación directa al Estado es eliminada bajo la hipótesis de existencia de cualquier factor natural que la altere.

⁶³ La protección a la salud como derecho subjetivo constituye, hasta ahora, el concepto más adecuado porque la salud es una situación determinable por factores de la naturaleza o actividades humanas que el Estado no puede normar a fin de evitar sus consecuencias.

⁶⁴ ALEXY, Robert, *Teoría...cit.*, pág. 215.

La protección subjetiva es el “derecho a las acciones del Estado que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad asegurado por las disposiciones de derecho fundamental”.⁶⁵ En este punto, las acciones del Estado respecto de la persona son positivas y negativas, positivas en tanto que debe instrumentar las políticas e infraestructura necesaria para satisfacer el ámbito de libertad subjetiva; y negativas porque el Estado debe establecer para sí y para las demás personas, abstenerse de dañar dicha esfera de libertad de cualquier forma.

En el derecho a las acciones positivas por parte del Estado “debe partirse de que las normas que hay que examinar son formal y materialmente acordes a la Constitución”.⁶⁶ Es decir, que tal derecho sea reconocido como tal por el propio Estado, interna e internacionalmente, es decir, como derecho fundamental y/o humano. En estas normas generales es donde se plasma desde un primer momento el contenido del derecho, sus límites al ejercicio individual, restricciones, las garantías y su relación con otros derechos subjetivos al tenor de la irradiación de las normas de derecho objetivo, y por ellos, abajo este tenor, la vulneración o violación a los derechos subjetivos de carácter fundamental y humano pueden, simultáneamente, constituir delitos.

De esta manera, la libertad normativa en relación con el derecho a la protección de la salud es la de facultar por vía de la ley y en base a los principios de autonomía de la persona, para que cada una decida o no la modalidad de solicitar los servicios médicos que requiera, los costos, los beneficios y demás situaciones conexas. La protección subjetiva parte de la relación que se observa entre el titular del derecho y el Estado, y es este, el que establece los lineamientos de protección que pueden consistir en acciones u omisiones propias y también de los particulares. Finalmente, un derecho a acciones, permite entender que para invocar el reconociendo, la protección, determinar las violaciones y en su caso las reparaciones, el derecho del que se aduce ser titular debe estar previamente

⁶⁵ *Ídem.*

⁶⁶ *Ibídem*, pág. 240 a 242.

reconocido y establecido por el ordenamiento jurídico vigente, estatal o internacional, o ambos.

Conforme a esta explicación y contrario a lo que establecen algunos teóricos en relación a que si un derecho carece de garantía, entonces deja de ser derecho, más conviene decir que si bien la garantía no se sitúa en el mismo plano lexigráfico que el derecho en cuestión, ello no implica inexistencia jurídica de ambas categorías, de por sí o simultáneamente, ya que la garantía opera también como una transposición *per se* frente a la falta de observancia o respeto, en primer lugar, de los derechos fundamentales y, en segundo lugar, frente a lo que Ferrajoli ha llamado garantías secundarias.

Cuadro 2. Garantías primarias y secundarias en los derechos fundamentales, basado en ideas de Luigi Ferrajoli.

Derechos	Tipos de garantía	
Derechos fundamentales.	Primarias o Normativas	Secundarias o Jurisdiccionales

Esto es, la base de un derecho es su reconocimiento en normas generales, si la norma no contempla su garantía expresamente, ella podría estar en la actividad jurisdiccional de aplicar el Derecho, pero ninguna categoría sería inexistente en el plano de la integración de un derecho.

El contenido del derecho a la protección de la salud está constituido por todas aquellas acciones, reconocimientos, medidas necesarias, competencias, formulación de políticas –incluidas las limitaciones de las que Alexy expone- y aplicación de programas sanitarios posibles que constituyen el mínimo necesario

para que las personas puedan gozar de ese derecho. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el Comité de DESC) ha desarrollado estudios bajo el párrafo primero del artículo doce del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) que es del tenor siguiente en que “[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”⁶⁷, sostiene que, llamándolo derecho a la salud, este “abarca no solo el derecho a la atención de la salud, sino que también una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones”,⁶⁸ “a los factores determinantes básicos de la salud, como [...] condiciones sanitarias adecuadas”,⁶⁹ “acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud”,⁷⁰ “las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona”,⁷¹ “diversas inquietudes de carácter social, como las relacionadas con la violencia o el conflicto armado”.⁷²

Como parte del contenido del derecho, el Comité identifica adicionalmente una serie de elementos básicos e interrelacionados, que forman parte del derecho [...], para promover su vigencia, estos elementos deben estar presentes en el desarrollo de todos los servicios, bienes y políticas públicas relacionados con la salud:

- a) Disponibilidad. Se refiere a la existencia de bienes y centros de atención de la salud, y al desarrollo de programas de promoción y prevención en salud [...].
- b) Accesibilidad. Se presenta en [...] accesibilidad económica (asequibilidad), que apunta a que los establecimientos, bienes y servicios de salud [...] incluidos los grupos socialmente desfavorecidos [...].
- c) Aceptabilidad. Se refiere [...] al respeto a la ética médica, la perspectiva de género y el ciclo de vida en todos los componentes de las políticas de salud.

⁶⁷ Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966.

⁶⁸ *Ídem.*

⁶⁹ *Ídem.*

⁷⁰ *Ídem.*

⁷¹ *Ídem.*

⁷² ABRAMOVICH, Víctor, et al. (compiladores.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Ed. Fontamara, México, 2013, págs. 152 y 153.

- d) Calidad. Incluye servicios de calidad, tanto desde el punto de vista médico y de salud pública [...] como de las intervenciones médicas.⁷³ Algunos autores dicen que la calidad es un elemento para alcanzar un mínimo de igualdad entre quienes acceden a servicios públicos de salud y de quienes lo hacen a servicios privados.⁷⁴

b) La interdependencia.

Es, lingüísticamente, la vinculación jurídica entre dos categorías que se correlacionan directa o indirectamente si cada una de ellas es alterada, activa u omisamente por agentes propios o externos. Constitucionalmente, es un principio del cuya aplicación sirve para maximizar y optimizar los derechos humanos a través de controles de constitucionalidad, de convencionalidad y difuso de constitucionalidad en sede interna y externa con el fin de garantizar íntegramente su respeto.⁷⁵ La interrelación como un principio de vinculación entre normas se encuentra establecida desde la reforma constitucional en materia de derechos humanos y se actualiza siempre en cualquier interpretación normativa que atañe a derechos, libertades y garantías de los que la propia reforma menciona y también en los principios del Derecho como el texto constitucional literalmente lo establece en el artículo primero.

Estas vinculaciones estrechas permiten o limitan el ejercicio de otros derechos porque dependen unos de otros para lograr su efectividad; lo cual apunta a la conclusión que el derecho a la protección de la salud es un derecho nuclear junto a la vida humana, ya que si estos se ven alterados, todos los demás derechos existentes podrían verse violados, vulnerados o limitados. De igual

⁷³ *Ibidem*, págs. 155 y 156.

⁷⁴ Carbonell Sánchez, José y Carbonell Sánchez, Miguel, *El Derecho a la salud: una propuesta para México*, UNAM, México 2013, pág. 5. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3709/8.pdf>. Consultado por última vez el 8 de mayo de 2016.

⁷⁵ Así lo explica la tesis aislada en materia constitucional III 4o. (III Región) 1K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tribunales colegiados de circuito, libro IV, enero de 2012, t. V, pág. 4321. Registro digital: 2000073, de rubro: CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD. ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLOS TODOS LOS ÓRGANOS DE JUSTICIA NACIONAL PARA GARANTIZAR EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS.

forma, si otros derechos se afectan, podrían, el derecho a la protección de la salud y la vida verse violados o vulnerados.

Dada la importancia de estos valores, su protección se hace extensiva a cualquier otra categoría. Dentro de los factores inherentes a la protección de la salud como derecho, y con íntima relación interdependiente, está la alimentación, el ambiente, la integridad física, el acceso a la información y asistencia médica, la higiene, el reconocimiento y la protección normativa, la vivienda y la educación. Para que la interdependencia opere desde y hacia el derecho a la protección de la salud, se reconoce en el artículo 1° constitucional el principio de interpretación conforme de las normas relativas a los derechos humanos, las cuales también incluyen garantías, de cualquier tipo, como se enfatizó en el cuadro número 2. En el mismo artículo constitucional se plasma la doctrina obligacional de las autoridades estatales a que refieren los artículos 2, 3, 4 y 5 del PIDESC en relación a los principios vigentes en la teoría de los derechos.

Las obligaciones contraídas por los Estados frente a la comunidad internacional para que tengan efecto dentro del territorio estatal han sido reconocidas, en el contexto del neoliberalismo junto al jurisdiccional nacional e interamericano, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, (en adelante la Declaración Universal) de 10 de Diciembre de 1948 en el artículo 30 al declarar que “nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”,⁷⁶ lo cual significó la transposición de los derechos humanos frente al Estado.

El numeral 1 del Artículo 25 de la Declaración contempla el Derecho de la salud, entre otros, al referirse a que toda “persona tiene derecho a un nivel de vida

⁷⁶ Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948.

adecuado que le asegure [...] la salud y el bienestar, y en especial [...] la asistencia médica y los servicios necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de [...] enfermedad”.⁷⁷ Lo anterior implica que los medios para asegurar la salud y la asistencia médica no pueden ser objeto de actividades que pretendan suprimirlos y de ello el Estado mexicano está obligado a respetar.

Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (en adelante la Declaración Americana), aprobada en 1948, en el primero de sus Considerandos, establece que las constituciones de los Estados “tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar [...] y que la “consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece un sistema inicial de protección [...]”⁷⁸ y el Artículo 11 establece que “[t]oda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a [...] la asistencia medica [...]”,⁷⁹ y de ello se infiere que, como fue precisado arriba, el Derecho protege las medidas sanitarias para preservar la salud y no la salud en sí; en la Convención Americana sobre Derecho Humanos (en adelante la Convención Americana o el Pacto de San José), se dedicó al artículo uno y dos para establecer los deberes de los Estados y los Derechos protegidos de las personas.

El artículo 2, 3, 4 y 5 del PIDESC precisan lo conducente a la obligación de respeto que asumen los Estados en relación con los derechos de las personas. Este instrumento internacional es el “más relevante para la protección a la salud [...] tanto debido a su carácter contractual como por contener el Artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud”.⁸⁰ El artículo 12 de este instrumento internacional contiene elementos muy críticos respecto de la protección de la salud, la actividad protectora estatal y

⁷⁷ *Ídem.*

⁷⁸ Novena Conferencia Internacional Americana, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*, 1948.

⁷⁹ *Ídem.*

⁸⁰ ABRAMOVICH, Víctor, *et al.* (Compiladores), *op. Cit.*, pág., 145.

advierte nítidamente que “[l]os Estados [...] reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.⁸¹ Se infiere que la obligación contraída por el Estado no es la salud, sino la posibilidad de disfrutar de la misma. Esto significa que el concepto de “derecho a la protección de la salud” es, como se ha insistido en esta investigación, el concepto hasta ahora más adecuado a tal derecho.

SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA PARTICULAR

Del examen realizado al principio de esta investigación, sobre las teorías que explican la creación del Estado, se puso de manifiesto en la teoría contractualista, ética y jurídica que surgió para establecer límites entre los derechos de las personas, para integrarlas entre sí y para normar el choque de las estructuras sociales y así la finalidad del Estado es controlar a todos aquellos individuos que se encuentren bajo su territorio, lo cual incluye sus relaciones, efectos y responsabilidades. En todo caso, el Estado es una ficción de persona como lo decía Hobbes, y así las cosas, puede crear, modificar, extinguir relaciones con otras personas, individuos o ficciones jurídicas como el propio Estado.

En esta tesitura, la Constitución de cada Estado determina, bajo el principio de territorialidad, la supremacía estatal para tutelar cualquier actividad entre los gobernados, los gobernantes y entre ambos. Por si fuera poco, Robert Alexy, en relación al sistema jurídico y las formas de relación dice que:

Se puede concebir a un sistema jurídico como un sistema de normas pero, también como un sistema de posiciones y relaciones jurídicas [...]. Una de las ventajas de la perspectiva orientada a las normas, es que incluye la posibilidad de hacer una abstracción de las posiciones y las relaciones. [...] La ventaja de la

⁸¹ Novena Conferencia Internacional Americana, *Declaración...*, cit., 1948.

perspectiva de orientada hacia la posiciones y relaciones reside en su poder de diferenciación.⁸²

La anterior afirmación permite estudiar a los sistemas jurídicos desde las relaciones que existen entre Estados; el Estado y las personas sujetas a su normativa, y entre los individuos, o gobernados según la teoría política. Autores como Ferrajoli y Alexy han estudiado las relaciones Estado/ciudadano desde el concepto de ciudadano [este concepto limita a determinados sujetos los derechos], sin embargo, en México se reconoce a todas las personas en virtud del art. 1º constitucional. Los conceptos desarrollados dentro de las relaciones intersubjetivas y sus efectos se clasifican como sigue. Cuando se trata de las relaciones entre el Estado y un individuo, o entre dos personas, podemos llamar efecto directo. Cuando se trata de relaciones entre el Estado y un particular frente a un tercero que se dice afectado en sus derechos por la relación del efecto directo, se llama efecto entre terceros o efecto horizontal.

La segunda categoría resulta de la intervención de dos sujetos de la misma jerarquía –generalmente particulares- frente al Estado; los tres con distinto interés sobre el mismo objeto, y a esto se llama, efecto entre terceros. Estas relaciones y sus efectos responde a la llamada *tesis de la irradiación de la normas*, la cual establece que el Derecho en tanto sistema, contiene preceptos que pueden reflejarse en el ejercicio o restricción de derechos, libertades y garantías de personas externas a relaciones interpersonales que son sancionadas por el Derecho. La siguiente tabla muestra de forma sintética el efecto directo entre las relaciones intersubjetivas.

Cuadro 3. Tipos de efecto directo en las relaciones interpersonales, basado en la explicación de R. Alexy.

Efecto	Tipo de efecto	Intervención
--------	----------------	--------------

⁸² ALEXY, Robert, *Teoría...*, cit., pág., 464.

Directo	Vertical	Un Estado frente un particular o inversamente. Dos o más particulares entre sí. Dos o más Estados entre sí.
	Entre terceros o efecto horizontal	Dos o más particulares frente al Estado y otro particular.

La explicación anterior contempla solo el efecto directo entre terceros que producen las normas de derechos fundamentales humanos en las relaciones interpersonales porque resulta imposible un efecto indirecto que vulnere un derecho fundamental. “En contra de la forma expuesta del efecto directo entre tercero, existe solo un argumento fuerte: la negación de todo efecto entre terceros. Todos los demás argumentos presentados en contra de un efecto directo entre terceros, no son correctos”.⁸³ Negar la existencia de los efectos que producen las relaciones hacia los derechos fundamentales de terceros tampoco es correcto porque materialmente existen. Por lo tanto, “en última instancia, el efecto entre terceros habrá de ser siempre directo”.⁸⁴

En relación al derecho a la protección de la salud, estas relaciones y efectos se estudian para determinar la fuente de los conflictos y la manera de solucionarlos atendiendo a la calidad con que cada persona se ostenta y produce, extingue o modifica situaciones jurídicas, valorada en nuestros medios de control constitucional en México, en juicios de amparo y controversias constitucionales, en los cuales, respecto del primero se ha extendido ampliamente la teoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la Suprema Corte, el Alto Tribunal o el Máximo Tribunal) por el interés legítimo y jurídico, por ejemplo. Para la estructura del presente trabajo, solo importa la clasificación del efecto directo horizontal entre particulares y el efecto entre terceros.

⁸³ ALEXY, Robert, *Teoría...*, cit., pág. 479.

⁸⁴ *ídem*.

VII. Conceptos y estructura de los servicios médicos.

El Derecho es multidisciplinario y emplea el concepto económico de *servicios* de la misma forma para explicar algunas relaciones intersubjetivas que dan lugar a resultados que son reconocidos por las normas jurídicas. Un servicio es cualquier prestación inmaterial efectuada entre las personas con el fin de satisfacer sus necesidades con arreglo a un acuerdo de voluntades y en la modalidad que determinen. El adjetivo *médico* se emplea en este caso para hacer especial énfasis en el tipo de servicio que ha de solicitarse o prestarse, es decir, cualquiera que verse sobre tópicos en que la ciencia médica puede intervenir. De esta manera, un servicio médico es la prestación de un o una profesional de la ciencia médica hacia toda persona que con motivo de cuidar, restaurar o modificar su estado de salud, le solicita aplicar sus conocimientos y técnicas profesionales en ella. Estas prestaciones profesionales sobre el estado de salud de los particulares se clasifican, atendiendo a su regulación jurídica, en servicios de salud pública y servicios de salud privados.

Los primeros son proporcionados por las instituciones estatales que al efecto determinen las leyes vigentes y son de libre acceso a quienes los requieran, previos requisitos. Los segundos, con fundamento constitucional, son prestados por personas físicas o morales constituido por recursos materiales y humanos de iniciativa privada, que por disposición legal están bajo la vigilancia permanente y supervisión constante de las autoridades sanitarias en el cumplimiento correcto de sus actividades. Esto es así porque, como se ha indicado antes, el Estado, que es garante de todos los derechos reconocidos, debe con arreglo constitucional y a través de las autoridades en el ámbito de su competencia, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos, aun en aquellas actividades que por ley han sido delegadas o permitidas a los particulares. De esta forma, los prestadores de servicios de salud privados (PSSP), deben constreñirse a lo prevenido por todas las normas de carácter nacional e incluso internacional que se relacionen con la práctica lícita de la medicina en México bajo pena que de incumplimiento sean responsables frente al Estado de una mala praxis, sean acreedores de sanciones

y responsabilidades administrativas o constituyan delitos, no solamente contra quienes hayan prestado un servicio sino a todas aquellas personas que sean afectadas por el mismo.

I. Relaciones, efectos y responsabilidad directa de los prestadores de servicios médicos particulares.

a) Relación de efecto directo vertical entre el PSSP y el Estado.

Las relaciones, como arriba se señaló, están reguladas por las normas jurídicas, incluidas aquellas entre prestadores de servicios de salud privados frente al Estado. La relación incumbe a un determinado grupo del sector de PSSP y las disposiciones de orden sanitario que vulnera o restringe sus derechos o facultades. Generalmente se establece la relación en función de visitas administrativas respecto de inmuebles o condiciones sanitarias sin llegar al derecho a la protección de la salud.

b) Relación de efecto directo vertical entre el PSSP y otro particular.

Las relaciones de efecto directo son del tipo directo vertical entre el PSSP y otro particular cuando, por ejemplo, los prestadores de servicios médicos particulares llevan a cabo actividades, acciones u omisiones, prohibidas o permitidas, tendientes a modificar el estado de salud de una persona que lo solicita, sin respetar aquello que no sea voluntaria y necesariamente modificar y se haya manifestado. Puede ser una relación vertical la atención médica aquella entre un hospital, sanatorio, clínica o cualquier otra agrupación con fines médicos previamente reconocido por el Estado y un individuo que solicite sus servicios médicos. Lo es también, en procedimientos de conciliación y procesos jurisdiccionales, aquellas personas que en calidad de gobernados forman el conflicto o litigio por situarse en igualdad de apreciación respecto de la ley que los asiste. En estos casos el efecto es siempre directo pues la afectación surge de relaciones donde los sujetos mantienen la misma calidad frente al Estado.

La distinción viene de declarar la responsabilidad de los prestadores de servicios de salud privados o de otros particulares, cuando con motivo de sus

actividades se infringe una disposición normativa de derechos fundamentales o derechos humanos y por tanto, se debe sancionar.

c) Relación de efecto directo entre terceros o efecto horizontal.

Las teorías jurídicas sobre los derechos ponen de manifiesto que existen diversas formas de relacionarse de las personas y también de determinar el efecto entre terceros. “Actualmente se acepta, en general, que las normas de fundamental (sic) [...] tienen un efecto entre terceros. [...]”.⁸⁵ El efecto entre terceros aquí se estudiará para determinar la responsabilidad de los PSSP y el Estado frente a otro particular que encuentra vulnerados sus derechos fundamentales y humanos como consecuencia de la actividad de los anteriores. Por ello, el modelo de *tres niveles* del efecto directo resulta operante al deducir que se integra tripartitamente por “los deberes del Estado, el de los derechos frente al Estado y el de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado”.⁸⁶ De esta manera, para que sea válida esta teoría debe cumplirse la siguiente condición: “[u]n derecho solo puede ser vulnerado por aquel frente a quien existe”.⁸⁷ Es decir, frente al Estado, y frente a otros particulares. Lo anterior determina que en los derechos políticos no existe ese efecto. Y dada la regulación sanitaria en México, el derecho a la protección de la salud existe frente al Estado y frente a los PSSP por lo cual se permite mostrar que surte efectos normativos frente a terceros, generalmente son otros particulares y por ello, el modelo de los *tres niveles* cumple su función en la protección de la salud como derecho.

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoría...cit.*, pág., 468.

⁸⁶ *Ibídem*, pág. 473.

⁸⁷ *Ibídem*, pág. 474.

CAPÍTULO II

REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El presente capítulo se fundamenta en normas jurídicas vigentes en el orden jurídico nacional e interamericano de derechos humanos, las instituciones que intervienen cuando se afecta el derecho a la protección de la salud y sus garantías, así como un apartado en que se entra al estudio judicial efectuado por los órganos federales e internacionales para explicar desde el punto jurídico procesal a tal derecho, con base en que el objetivo de la investigación presente es documentar los fenómenos jurídicos de afectación real al derecho de las personas o de otra manera sería un texto irrelevante para el desarrollo constitucional.

A partir de ello, esta investigación documental está sólidamente estructurada para ser expuesta y gozar de certeza jurídica dentro de las ciencias jurídicas y se advierte que el concepto de “bloque de constitucionalidad” está empleado en atención al paradigma constitucional que reestructurado en 2011 con motivo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, principalmente al artículo 1º, lo cual implica, tener en primer lugar a la Constitución federal, luego a los tratados internacionales y después al resto de disposiciones normativas vigentes.

CAPÍTULO II

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El aspecto más importante del bloque de constitucionalidad radica en que contiene las normas, principios y directrices que ordena la Constitución de la Federación por encima de cualquier otra disposición, aun las de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales suscritos por México, y la razón de esto es porque a ningún Estado se puede obligar a realizar u omitir sus actos si no se ha comprometido a ello, y por ello, si en el bloque de constitucionalidad no existe disposición expresa de dirigir el estudio de un caso

concreto a los tratados internacionales, es imposible y directamente inconstitucional hacerlo.

Por otro lado, el bloque de convencionalidad que es el conjunto de normas y principios que se pueden aplicar a un caso concreto cuando así lo ha reconocido el Estado, es un medio de defensa conjunta en favor de los derechos humanos y fundamentales de las personas, y dado que en México, el bloque de constitucionalidad contempla la integración e interpretación de los preceptos emanados de los tratados internacionales, es posible estudiar ambos aspectos, con el fin de buscar el mayor beneficio posible hacia el derecho de las personas. En este orden de ideas, es posible entrar al estudio de cada concepto e iniciar con al bloque de constitucionalidad como sigue:

VI. Contenido y alcance del derecho a la protección de la salud.

d) En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El sistema normativo en México tiene su origen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como norma fundante del Estado. Es por ello que, en materia constitucional, específicamente el derecho a la protección de la salud, se encuentra vinculado con las disposiciones de supremacía, bloque, control constitucional y convencional para establecer su propia validez en el orden jurídico nacional. En el análisis del derecho a la protección de la salud es importante identificar las condiciones jurídicas sobre las cuales, dicho derecho se sujeta a las reglas y principios que la propia Constitución vigente (en adelante la Constitución, la Constitución Mexicana, la Carta Magna, el texto constitucional, la norma fundante o la norma suprema) establece y por ello se parte del contenido constitucional como primer elemento para establecer la estructura y orden del Estado. Así, el texto constitucional, por sí mismo, contiene el principio de supremacía constitucional que permite colocarlo como la primer categoría de orden político y jurídico del Estado al que las demás normas deben someterse, bajo pena de ser expulsadas del orden jurídico nacional a través de

procedimientos de control constitucional que ejercen los tribunales de la Federación. En este sentido, la supremacía constitucional es:

[...] la superioridad de esta (la Constitución) respecto a otras normas jurídicas [...] Otra de las acepciones de la “supremacía constitucional”, es la de ser conceptualizada como un principio fundamental, pues es la base, origen y razón de existencia para cualquier Estado. Por ende, la supremacía constitucional es un principio condicionante para la existencia de cualquier sistema jurídico. El principio de supremacía surge a la par de la consolidación de la Constitución como norma rectora única [...] ⁸⁸

La supremacía constitucional es el fundamento del sistema normativo y de la validez de las normas de derechos humanos. El artículo 133 de la norma fundante establece este principio de la siguiente manera:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

El Pleno del Alto Tribunal ha emitido la siguiente tesis que refuerza lo anterior en torno a la interpretación del citado artículo 133 al tenor literal de:

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las leyes del Congreso de la Unión a las que aquel se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de “supremacía constitucional” implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la

⁸⁸ FERRER MAC – GREGOR., Eduardo, RAMÍREZ, F. M., y MEJÍA, G. F. A. (Coord.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. PJF, CJF, UNAM y el IJ, México, 2014, t. II, pág. 1198. Disponible en <http://www.tepjf.gob.mx>. Consultado el 21 de febrero de 2016.

Constitución General de la Republica, las leyes generales del congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la “Ley Suprema de la Unión”, esto es, conforman un orden superior, de carácter nacional, en el cual la constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.⁸⁹

Con fundamento en la anterior tesis, bajo la supremacía constitucional todas las normas de Derecho sanitario están condicionadas a ser vigentes porque su validez depende de la sujeción y estricto apego al texto constitucional y por ello es importante analizar esta rama del Derecho bajo los parámetros constitucionales. Que la Constitución determine el contenido del Derecho sanitario y este a su vez del derecho a la protección de la salud y sus garantías, significa que lo previsto en la Carta Magna prevalece en todo momento sobre cualquier disposición contraria.

El contenido del Derecho sanitario, ubicado constitucionalmente, se relaciona con los principios y demás disposiciones sobre las que en su regulación está prohibida la discriminación motivada por cualquier motivo que tenga por objeto anular o menoscabar los demás derechos y libertades de las personas (párrafo quinto del artículo 1º), cuando estén relacionadas los derechos de pueblos y comunidades indígenas se asegurará su acceso a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, en especial para la población infantil; tratándose de mujeres de las mismas comunidades se busca incorporarlas a proyectos sobre protección de la salud y si se constituyeren en comunidades migrantes se establecerán políticas para mejorar sus condiciones de salud y velar por el respeto a sus derechos humanos y promover la difusión de su cultura (fracción III, V y VIII de la base B del artículo 2º), se reconoce a toda persona el derecho a la protección de su salud y mediante el principio del interés superior de la niñez se protege el derecho a satisfacer sus necesidades de salud para lograr su desarrollo integral (artículo 4º), cuando se trata de sentenciados que

⁸⁹ Tesis: P. VIII/2007 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, T.XXV, abril de 2007, pág. 6. Registro digital: 172667.

compurguen sus condenas en el sistema penitenciario, el Estado lo organizará de tal forma que se respete la salud junto a los derechos humanos (párrafo segundo del artículo 18), en cuanto a facultad judicial para dictar la orden de prisión preventiva, el juez lo hará de oficio por delitos graves que contra la salud, al efecto determinen las leyes (párrafo segundo del artículo 19), en casos de graves conflictos de la nación, el derecho a la protección de la salud podrá el presidente restringir o suspender en todo el país o un lugar determinado ese derecho y sus garantías para hacer frente a las situación, que en todo momento deberá ser fundada y motivada y sujeta al control constitucional que ejerce la Suprema Corte sobre la validez y constitucionalidad de dicho restricción o suspensión (artículo 29), el párrafo segundo del apartado C) de la fracción II del artículo 41, la fracción XVI del artículo 73, la fracción V, XII y XV del apartado A) del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.⁹⁰

⁹⁰ Dichos artículos, en relación al concepto de salud señalan:

Artículo 1o. [...]

Queda prohibida toda discriminación motivada por [...] las condiciones de salud [...].

Artículo 2o.

III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional [...].

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, [...].

VIII. Establecer políticas sociales para [...] mejorar las condiciones de salud de las mujeres; [...] velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

Artículo 4o.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de [...] salud [...].

Artículo 18. El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a [...] la salud [...].

Artículo 19. [...]. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de [...] delitos graves que determine la ley en contra de [...] la salud.

Artículo 41. [...]

Durante el tiempo que comprendan las campañas electorales [...] deberá suspenderse [...] toda propaganda gubernamental [...]. Las únicas excepciones a lo anterior serán las campañas [...] de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia.

Artículo 73.

XVI. Para dictar leyes sobre [...] salubridad general de la República.

1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

Concretamente, el derecho humano a la protección de la salud está contenido en el cuarto párrafo del artículo 4° constitucional desde la entrada en vigor del *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 de la siguiente forma:

CAPÍTULO I

DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS

Artículo 4°.

[...]

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Este derecho debe analizarse normativamente de conformidad con los principios interpretativos de derechos humanos de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad establecidos en el artículo 1° constitucional. Como es evidente, el derecho y garantías para la protección de la salud se reconocen constitucionalmente a todas las personas. En el mismo párrafo cuarto del citado artículo 4° del propio ordenamiento político se hace referencia a cuatro supuestos de la actividad gubernamental a fin de hacer efectivo el goce del derecho a la protección de la salud en cuanto establece que

2a. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

4a. [...].

Artículo 123.

V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación [...].

XII. Las negociaciones a que se refiere el párrafo primero de esta fracción [...] están obligadas a establecer [...] enfermerías [...].

XV. El patrón estará obligado [...] a organizar de tal manera [...] que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas. [...].

“[l]a Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”, es decir, con arreglo a las competencias federales con Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de salubridad.

b) En los tratados internacionales de los que México es Parte.

El artículo 133 de la Constitución establece, entre otras cosas, el concepto de *ley suprema de toda la Unión* como un conjunto de disposiciones normativas que componen un *orden jurídico superior*.⁹¹ En esta agrupación de normas jurídicas se encuentran los tratados internacionales celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, con los cuales, el Estado mexicano adquiere responsabilidades frente a la comunidad internacional y no puede invocar normas de derecho interno para desconocer su efectividad. Para mayor claridad, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de Mayo de 1969, en el artículo 2, define a los tratados como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional”, además que pueden denominarse de diversas formas como lo sustentó la Segunda Sala del Alto Tribunal en la tesis de jurisprudencia de rubro **TRATADOS INTERNACIONALES. ADMITEN DIVERSAS DENOMINACIONES, INDEPENDIENTEMENTE DE SU CONTENIDO**, cuando sostiene que:

[...] la noción de tratado es puramente formal siempre que su contenido sea acorde con su objeto y finalidad, pues desde el punto de vista de su carácter obligatorio los compromisos internacionales pueden denominarse tratados, convenciones, declaraciones, acuerdos, protocolos o cambio de notas, además de que no hay consenso para fijar las reglas generales a que deben sujetarse las diferentes formas que revisten tales compromisos internacionales, los que, en consecuencia, pueden consignarse en diversas modalidades. Situación que se sustenta, además, en el artículo 2o., fracción I, de la Ley sobre la Celebración de

⁹¹ Así lo llama la Suprema Corte en la tesis aislada de rubro: SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. Tesis: P. VIII/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.XXV, abril de 2007, pág. 6. Registro digital: 172667.

Tratados, publicada en el diario Oficial de la Federación el dos de enero de mil novecientos noventa y dos.⁹²

Ya que los tratados internacionales son parte del orden jurídico superior se debe respetar su observancia (lo cual se conoce como control de convencionalidad) como lo explica a detalle la siguiente tesis aprobada el 13 de Febrero de 2007 por el Máximo Tribunal en sesión plenaria:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y las Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental del derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.⁹³

Lo anterior robustece tres ideas aportadas: a) la Constitución se ubica jerárquicamente sobre los tratados internacionales siempre, aun en materia de derechos humanos, b) las disposiciones constitucionales rigen aquellas que emanen de los tratados, incluyen también a las de derechos humanos contenidas

⁹² 2ª./J.10/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, febrero de 2007, t. XXV, pág. 738.

⁹³ Tesis: P. IX/2007 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXV, abril de 2007, pág. 6. Registro digital: 172650.

en los tratados internacionales y c) no se puede desconocer ninguna de las anteriores afirmaciones por un Estado parte o de lo contrario supondría una responsabilidad de carácter internacional.

Para el caso del derecho a la protección de la salud, toda vez que aquí se estudia bajo el control de convencionalidad, en relación con el artículo 1 y 2 del Pacto de San José que establece el compromiso de los Estados Partes a respetar los derechos y libertades establecidos en él y a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, respectivamente, y ya que este instrumento forma parte de la ley suprema de la Unión, y en relación con el artículo Primero de la Constitución Federal al establecer que “todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”, en efecto, el derecho a la protección de la salud está también reconocido, protegido y garantizado en su defensa y goce frente a la comunidad internacional.

Con esta información, es preciso analizar el contenido del Derecho sanitario en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano para identificar la amplitud del derecho a la protección de la salud y en su caso las distintas garantías, que a través de la interpretación podemos encontrar para explicar íntegramente su desarrollo y fortalecimiento normativo desde la incorporación de México a las Naciones Unidas en el contexto del surgimiento del neoliberalismo, la formación de bloques continentales de protección judicial y el desarrollo estatal de políticas sanitarias. A continuación se presentan los tratados internacionales en que el derecho a la protección de la salud está señalado expresamente y a través de una interpretación de normas relativas:

1. Carta de Naciones Unidas.

La Carta de Naciones Unidas (en adelante la Carta de la ONU o Carta de San Francisco) fue firmada en San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de Junio de 1945 y entró en vigor cuatro meses más tarde según su artículo 110. A través de este instrumento internacional se establecen directrices generales de

organización de los Estados y, concretamente en relación con esta investigación, lineamientos de derecho sanitario de carácter internacional que los Estados deben materializar en su ámbito estatal, por ejemplo, al crearse la Organización de Naciones Unidas a través de esta Carta de San Francisco se propone “el estímulo del respeto a los derechos humanos” (art. 1); luego, en el Capítulo IX en relación a la Cooperación Internacional Económica y Social se propone la solución de problemas de carácter sanitario y otros problemas conexos y el respeto universal a los derechos humanos sin hacer distinción y la efectividad de tales derechos (art. 55). Más adelante, en el artículo 57 menciona la vinculación de organismos especializados en materia sanitaria con la Organización de Naciones Unidas (en adelante la ONU o Naciones Unidas) a fin de informar al Consejo Económico y Social de las situación en cada Estado y así, este Consejo pueda hacer estudios y formular recomendaciones a los Estados a través de esos organismos especializados en materia de asuntos sanitarios con el objetivo de proteger los derechos humanos en cada Estado.

Como es de notarse, la Carta de San Francisco establece la primera aproximación de protección internacional junto al derecho sanitario de los Estados a través de instituciones que vigilan las protecciones a los derechos en México por los demás Estados Parte de dicha Carta, bajo pena de incurrir en responsabilidad frente a la comunidad internacional. La Carta de Naciones Unidas permite, finalmente, a esta investigación:

- a) establecer el origen normativo de los derechos humanos, su reconocimiento, protección y la responsabilidad que adquirió el Estado Mexicano desde entonces frente a la comunidad internacional;
- b) delimitar el tiempo en que las políticas estatales son rediseñadas y entender el impacto de las mismas sobre el derecho a la protección de la salud, específicamente;
- c) identificar que esta Carta pertenece a un contexto histórico del cual surgió también el neoliberalismo, y;

- d) para reconocer los organismos internacionales y su vinculación con las entidades estatales de forma armonizada para determinar el grado de impacto que puede conllevar cualquier resolución y la forma en que se debe atender a esas situaciones.

2. Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Es un instrumento internacional suscrito y ratificado por los plenipotenciarios mexicanos en la Ciudad de Bogotá el 30 de abril de 1948 y entró en vigor para México el 23 de noviembre de 1948, fecha en que fue depositado el instrumento de ratificación en la Unión Panamericana, órgano central y permanente de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, “la OEA” por sus siglas en español) con sede en Washington. A través de esta Carta, se constituyó la Organización de Estados Americanos como un organismo regional que forma parte de las Naciones Unidas. Los propósitos esenciales de la OEA se determinan por cuanto busca la preservación de la paz en el continente mediante la solución de conflictos en base a las disposiciones que la propia Carta establece, las cuales no facultan a los Estados americanos a intervenir jurisdiccionalmente en sus asuntos particulares. En el artículo 45 menciona el aseguramiento de la salud de los trabajadores y de su familia y con ello algunos derechos conexos que los Estados americanos se han comprometido en respetar y vigilar en sus relaciones interamericanas.

3. Declaración Universal de Derechos Humanos.

La presente Declaración Universal fue adoptada por la Asamblea General de la ONU a través de la resolución 217 (III) de 10 de diciembre de 1948. En general, hace referencia a la protección de los derechos humanos por los pueblos, instituciones y los individuos; en específico sobre la salud contiene en el Artículo 25 el precepto que dice que “[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure [...] la salud y el bienestar [...]”. Esto es reforzado mediante una sistematización del propio instrumento en cuanto que establece que “[t]oda persona [...] tiene derecho a obtener [...] la satisfacción de los derechos

económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (art. 22). Entonces, desde esta Declaración Universal ya se estaba trabajando por el respeto a los derechos humanos, lo cual evidentemente lleva más de medio siglo y que el Estado mexicano ha creado como novedad, y asimismo por la salud, que se debe entender, bajo la óptica constitucionalista vigente en México como el derecho a la protección de la salud. Es claro que el nivel de vida a que se refiere la Declaración Universal incluye los factores que determinen el estado de salud personal y por ende, su bienestar; y que ese derecho a obtener la satisfacción de para alcanzar un nivel de vida que le asegure la salud es justamente la protección al estado de salud que se guarda, ya sea materia, jurídica o cualquiera otra. Es decir, el estado de salud que se protege depende del nivel de vida con que una persona puede contar y de ser necesario, el Estado debe accionar, en la medida de lo posible, lo conducente a proferir esa satisfacción para dar pleno cumplimiento a la Declaración en cuanto la protección y respeto a los derechos humanos que consagra.

4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

En el artículo 11 del Capítulo Primero, denominado Derechos, establece en cuanto a la salud, que:

Toda persona tiene derechos a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de Diciembre de 1966 Y México se adhirió hasta 1981. Dentro del preámbulo hace referencia a la Declaración Universal y la Carta de San Francisco en cuanto a la creación de condiciones que permitan el goce de los derechos humanos y en cuanto las obligaciones de los Estados para promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos, respectivamente. En relación a la protección de la salud, como ya quedó claro en el capítulo I, el

PIDESC es el instrumento internacional vinculante para México, más avanzado y exhaustivo en materia sanitaria al establecer en el Artículo 12 que “[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” y en relación con el Artículo 5 que impone la cláusula de interpretación en favor de los Estados, grupo o individuo para evitar la destrucción o limitación de los derechos reconocidos y, además, de no admitir restricción o menoscabo alguno a los derechos fundamentales que no reconozca el Pacto o los reconozca en menos medida. Por lo cual, el derecho a la protección de la salud como derecho fundamental humano en México se encuentra reforzadamente protegido por dicho Pacto Internacional pese a que la Constitución de México no contempla literalmente su garantía constitucional. Esto es así dada la falta expresa en la Constitución de la garantía, se puede recurrir a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y por su efectividad surte el mismo efecto por ser parte de la Ley Suprema.

Una de las consideraciones más sobresalientes del estudio de este Pacto es que “el cumplimiento de dicho instrumento internacional es vigilado por el Comité de DESC, en su caso, puede emitir observaciones para el Estado; dicho Comité ha interpretado el derechos de protección a la salud como el derecho a un sistema que vele por él”.⁹⁴

6. Pacto de San José de Costa Rica.

Este instrumento se conoce también como Convención Americana sobre los Derechos Humanos celebrado el 22 de noviembre de 1969, fue firmado por los plenipotenciarios designados por México para tal efecto el 2 de marzo de 1981 y es exigible desde el 24 de marzo de 1981, fecha de su depósito en la Secretaría General de la OEA. Este tratado internacional está firmado por Estados Americanos que, de acuerdo con el artículo 1 de la propia Convención se “[...] comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a

⁹⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Derecho a la salud”, *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, número 84, SCJN y UNAM, México, 2016, pág. 135.

garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna [...]” y de igual manera, “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (art. 2). De manera que, este instrumento internacional suscrito por México permite visualizar: a) la obligación de los Estados para respetar los derechos humanos; b) garantizar los derechos reconocidos sin discriminación alguna y con independencia de que a esos derechos no les sea reconocida hasta entonces una garantía para su protección, con lo cual, se hace válida la afirmación sostenida en el Capítulo I que todo derecho tiene una garantía independientemente de su reconocimiento expreso, y; c) permite identificar, como arriba se mostró, que la supremacía constitucional se coloca sobre el mismo tratado aun en materia de derechos humanos, pues el Pacto de San José textualmente establece que se sujetará a los procedimientos constitucionales de cada Estado.

7. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Se conoce también por el nombre de Protocolo de San Salvador y es un documento adicional a la Convención Americana. Para México, entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. El artículo 10 de este instrumento reconoce el derecho a la salud y lo contempla como el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social. Es un artículo muy integro que permite identificar en su segundo párrafo al derecho a la protección de la salud desde un aspecto público y dice que la salud debe ser reconocida como un bien público. En este mismo párrafo indica que la finalidad de tal derecho es la atención primaria, la inmunización, la prevención y educación en temas de salud.

Junto a estos tratados, se han celebrado conferencias internacionales que han concluido en Cartas o Declaraciones. Si bien es cierto que esos textos han sido firmados por México, también es cierto que no han tenido impacto en el desarrollo constitucional del derecho a la protección de la salud bajo el nuevo paradigma de tutela de los derechos humanos y por ello, para efectos de esta investigación son de carácter complementario. Algunos de estos textos forman parte de las estructuras de creación de los tratados en materia sanitaria y han hecho un aporte sustancial al desarrollo de la investigación del derecho a la protección de la salud en las organizaciones internacionales, por ejemplo, la ONU, la Organización Mundial de la Salud (OMS, por sus siglas en español), la Asociación Médica Mundial (AMM o WMA por sus siglas en español e inglés, respectivamente), UNICEF (por sus siglas en inglés es United Nations Children's Fund, en español se llama Fondo para la Infancia de Naciones Unidas). En esta exposición se dará importancia a las Conferencias internacionales, mundiales y de la Asociación Médica Mundial a partir de la Primer Conferencia Internacional surgida que se celebraron en el contexto de la propagación de las medidas neoliberalistas en América para precisar el alcance de las resoluciones y su impacto en las políticas de Estado. Las primeras ocho conferencias fueron celebradas por la Organización Mundial de la Salud y son las siguientes:

- a) Las Conferencias Internacionales y Mundiales sobre la salud.

Conferencia Internacional de Alma Ata

Oficialmente se llamó Conferencia Internacional Sobre Atención Primaria de Salud y fue celebrada en septiembre de 1978 en Alma Ata, Rusia. En esta conferencia se utilizó el concepto de “promoción de la salud” el cual fue utilizado por primera vez en 1946 por el historiador alemán Henry Sigerist para referirse a las buenas condiciones que propician un estado de salud adecuado.

En esta Conferencia se *estableció que la salud es un estado completo de bienestar, un derecho humano fundamental*, bajo la observación mundial según su

reafirmación en el párrafo primero y cuya consecución requiere la participación de muchos sectores. Esto importa en tanto *que no excluye al sector particular de la participación* y por tanto, *los gobiernos deben asistir a los prestadores de servicios sanitarios particulares en la vigilancia de sus actividades a fin de conseguir mejorías en la atención sanitaria* a todos los habitantes del mundo. Como resultado de este ejercicio diplomático surgió la Declaración de Alma Ata que contiene las directrices con las que los Estados deberían trabajar para mejorar las condiciones de salud de sus ciudadanos.

Conferencia Internacional Sobre Promoción de la Salud de Ottawa

Fue celebrada en la ciudad de Ottawa, Canadá, el 21 de noviembre de 1986 de la cual emanó la Carta de Ottawa que constituye una serie de disposiciones que invitan a la comunidad internacional a establecer en el ámbito de la política pública, diversas medidas para *procurar la promoción de la salud*. Determina además, con apoyo de la OMS, que *se requieren requisitos previos para tener acceso a la salud*. Esta Conferencia Internacional es la primera que se realizó con el fin de establecer criterios que permitieran adquirir nuevos métodos a los Estados desarrollados para salvaguardar el estado de salud de sus ciudadanos. Como se observa, la Carta de Ottawa surgió de un grupo del cual México no figuraba en ese momento.

Conferencia Internacional Sobre la Salud en Todas las Políticas: hacia una gobernanza compartida en pro de la salud y el bienestar, Adelaide.

Fue celebrada en 1988 en la Ciudad de Adelaide, Australia. Los problemas con los servicios de salud son estudiados desde aspectos que influyen los medios de comunicación, la educación, servicio educativo, medio ambiente, el sistema social de empleo y la administración de justicia. Lo relevante de esta Conferencia fueron las indicaciones que se trasladaron a la Declaración de Adelaide, misma que emanó de dicha Conferencia. Planteó temas sobre el medio ambiente, la participación del gobierno en la reformulación de políticas económicas que ayude a establecer mejores servicios de salud desde la investigación hasta la creación

de marcos normativos y su respectiva evaluación del impacto que provoqué en los estándares de cuidado de la salud.

Conferencia Internacional sobre promoción de la salud. Entornos propicios para la salud.

De esta Conferencia celebrada en Sundsvall, Suecia, surgieron algunos compromisos adquiridos por la Organización Mundial de la Salud en 1991 a través de la Declaración de Sundsvall. Es muy importante su contenido ya que reconoce que los problemas de asequibilidad a los servicios sanitarios en los Estados es provocado por la carencia de medios económicos la cual propicia inequidad que se refleja en el estado de salud de las personas, tanto en países ricos como pobres. Centra su atención en mujeres y niños que no tienen acceso a los servicios de salud, siquiera primarios y hace especial ruego a la OMS para dictar criterios a fin de contrarrestar esas situaciones en los Estados miembros. LA Declaración de Sundsvall estableció las cuatro dimensiones (social, económica, política y la participación de las mujeres en temas de salud) de estudio que se reflejan en la salud, el medio ambiente y el consiguiente desarrollo de los Estados a través de estos.

Conferencia internacional sobre la promoción de la salud. Nuevos actores para una nueva era: guiando la promoción de la salud hacia el siglo XXI

Fue celebrada en la ciudad de Yakarta, en la Republica de Indonesia del 21 al 25 de julio de 1997. En la Declaración de Yakarta, adoptada por esta Conferencia, se reconoce que “la salud es un derecho humano básico y esencial para el desarrollo económico y social”. Pese a este enunciando hay que recordar el error lexicográfico en ese concepto y que se refiere al derecho subjetivo que tienen las personas de tener garantizada su condición de salud por las políticas de Estado. A continuación, la mismo Declaración establece que los prerrequisitos y determinantes para que exista el derecho en comento son:

La paz, la vivienda, la educación, la seguridad social, las relaciones sociales, la comida, los ingresos, el empoderamiento de las mujeres, un ecosistema estable, uso sostenible de los recursos, la justicia social, el respeto a los derechos humanos y la equidad. Por encima de todo la pobreza es la mayor amenaza a la salud. [...] Los factores internacionales también tienen un impacto importante sobre la salud. Estos incluyen la integración de la economía global, el comercio y los mercados financieros, el acceso a los medios y tecnologías de la comunicación, así como la degradación ambiental debida el uso irresponsable de los recursos.

Conferencia Mundial Sobre Promoción de la Salud de Helsinki.

Se celebró en Helsinki, Finlandia en el mes de junio de 2013 y es la Conferencia Internacional más reciente y enuncia el concepto de “el más alto nivel posible de salud” que ha habia sido trasladado a los tratados internacionales y que para el caso mexicano, la Suprema Corte ha desarrollado conforme a los parámetros d control constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación al derecho humano de protección a la salud del artículo 4º constitucional como fue precisado en el tema anterior. En la Declaración de Helsinki, que fue el resultado de esta Conferencia Mundial, se pidió a los gobiernos que se comprometieran a establecer un sistema de salud como prioridad en las políticas y que garantizaran por medio de acciones jurisdiccionales su protección y para fortalecer esas actividades de los gobiernos se pidió la intervención de la OMS a fin de coadyuvar en los objetivos.

b) Documentos de la Asociación Médica Mundial relevantes.

I. Declaración de Ginebra, Suiza.

Adoptada por la Segunda Asamblea General de la AMM celebrada en Ginebra, Suiza en Septiembre de 1948. Es un texto a modo de preceptos a observar por los profesionales de la salud que forman parte de la Organización

Medica Mundial, uno de los puntos más relevantes es el que establece: “*No emplear mis conocimientos médicos para violar los derechos humanos y las libertades ciudadanas, incluso bajo amenaza*”, el cual nos permite conocer que el respeto a los derechos humanos no solo es tarea del área jurídica sino también de quienes prestan servicios de atención médica.

II. Declaración de Bali, Indonesia.

Es una resolución adoptada por la 47ª Asamblea General de AMM celebrada en Bali, Indonesia en Septiembre de 1995 y revisada posteriormente en la 57ª Asamblea General celebrada en Pilanesberg, Sudáfrica en Octubre de 2006. Constituye una serie de indicativo que los médicos y el sector público deben considerar para promover el cuidado de la salud a todas las personas. Identifica el apoyo que obtiene una comunidad en base a la promoción del cuidado de la salud en todos los habitantes y complementa con que la educación para la salud constituye la reducción de la tasa de morbilidad y mortalidad. En el punto número 10 de esta Declaración se establece la cooperación entre el servicio médico y las políticas públicas a fin de promover la educación para la salud. Este texto, que es solo orientativo para quienes practican la medicina de forma profesional reunidos en una comunidad internacional promueve el respeto al estado de salud y busca a través de la política de Estado, una mayor difusión de programas sanitarios que coadyuven a la población en general.

III. Declaración de Helsinki, Finlandia.

Originalmente se llama “Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la responsabilidad de los médicos en la documentación y la denuncia de casos de tortura o trato cruel, inhumano o degradante”, fue adoptada por la Asamblea General de la AMM en la ciudad de Helsinki, Finlandia en octubre de 2003 y enmendada por la Asamblea General en Copenhague, Dinamarca en octubre de 2007. No hay que confundir con la 8ª. Conferencia Mundial Sobre Promoción de la Salud de Helsinki de 2013. Es un documento que se basa en distintos instrumentos internacionales para establecer los principios bajo los cuales el personal médico debe conducirse para evitar tratos crueles, inhumanos o

degradantes a otras personas. Emite recomendaciones para conocer el Protocolo de Estambul, el cual contiene las directrices sobre las cuales se debe informar a la población sobre actos que atentes contra la salud y las reglas éticas que el profesional médico debe observar. Se insta a la difusión de la información en diversos medios.

A través de estas Conferencias y documentos es identificable el proceso por el cual el derecho a la protección de la salud, llamado derecho a la salud por esos documentos y hechas las aclaraciones precisadas al respecto, ha evolucionado dentro de las políticas públicas que los Estados han empleado y en algunos casos esos documentos han sido introducidos en los ordenamientos normativos de los Estados y de estos ha venido la interacción internacional en los tratados en materia de derechos humanos. Esta presentación cronológica permite identificar que el discurso de protección hacia el estado de salud y los medios que lo rodean han cambiado, es de recordar que la Conferencia Internacional celebrada en Alma Ata contribuyó a identificar el problema sanitario desde una perspectiva de las políticas públicas del siglo XX para todas las personas en el mundo y poco a poco, en esas Conferencias el enfoque fue llevado a determinados aspectos o condiciones relacionados con la salud como un compromiso internacional, por ejemplo, la Conferencia de Ottawa se limitó a la salud en los países desarrollados, en Adelaida se enfatizó en los servicios de educación y el acceso a la justicia, mientras que la Conferencia de Sundsvall y la de Yakarta se enfocaron en elementos tecnológicos, comerciales, de educación, de paz internacional y respeto a los derechos humanos en el contexto de la justicia social frente a los problemas de salud que diagnosticaron frente al sistema mercantil de los Estados y de su operación que estaba destruyendo un completo bienestar, como lo pretendía ya desde 1978 la Declaración de Alma Ata. En este tenor, las demás Conferencias pretendieron encontrar soluciones a los problemas que los sistemas de salud y que el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud de las personas se encuentra. La Conferencia de Yakarta se enfoca al área legislativa del Estado para establecer las bases de la política sanitaria mientras que en la Conferencia de la Ciudad de México puso de relieve la participación

activa de la administración pública de los gobiernos a través de la red nacional e internacional de instituciones sanitarias mientras que la Declaración de Helsinki tuvo efectos de carácter jurisdiccional al enfocar sus ideales hacia los recursos, acceso los medios de impartición de justicia y protección de ese derecho por instituciones del Estado.

c) En la Ley General de Salud.

La ley, como tercera categoría que constituye la ley suprema de toda la Unión tiene su fundamento analítico en el artículo 133 constitucional constituye el último elemento al que las demás normas del ordenamiento jurídico se encuentran condicionadas. La Ley General de Salud vigente (en adelante la Ley, la ley sanitaria o la *lex artis* médica o la ley reglamentaria) fue publicada el 7 de febrero de 1984 y entró en vigor el 1 de julio de la misma anualidad; así quedó abrogado el entonces Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos de 26 de febrero de 1973. La Ley establece en el artículo 1° su finalidad de la siguiente manera, en relación a la fracción XVI del artículo 73 y 4° constitucional:

Artículo 1o.- La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

Es evidente así, que el artículo 4° constitucional contiene un derecho fundamental humano y en relación con el numeral Dos del artículo 1 de la Convención Americana y a través de una interpretación conforme, persona es todo ser humano, y en relación con el número Uno del mismo artículo del Pacto, “los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna [...]” Y ya que esta ley pertenece a las leyes generales de que trata el artículo 133 constitucional y junto a la tesis aislada

denominada “LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”⁹⁵, también establece la protección nacional al derecho y a sus garantías. Actualmente, en la Ley se dedica el artículo 1° BIS para establecer la definición legal de salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” lo cual permite distinguir jurídicamente que el objeto de protección del derecho subjetivo que tutela la Constitución existe antes, durante y después de los hechos que puedan afectar el estado que guarda la salud de las personas. El artículo 2° enumera las finalidades del derecho a la protección de la salud.

Artículo 2o.- El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

- I. El bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- II. La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;
- VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y

⁹⁵ Localización: Tesis: P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXV, abril de 2007, pág. 5. Registro digital: 172739. Cuyo contenido dice “La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyen la “ley Suprema de la Unión”. En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a este a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales”.

VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Las finalidades al reconocer la protección de la salud como un derecho es, de forma general, para mejorar la calidad de vida de las personas en relación a su situación de vulnerabilidad con motivo del estado de salud que posea y este sea condicionante para su realización como persona dentro de la sociedad o de su propia dignidad. Es materia de salubridad general, según esta Ley, la “organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud; la organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud; información relativa a las condiciones, recursos y servicios de salud en el país; el control sanitario de productos y servicios y de su importación y exportación [...]”. Con esto, la actividad de los particulares que prestan servicios de atención médica se encuentra sujeta a las disposiciones normativas que establece la Ley General de Salud y los tratados internacionales, y ambos encuentran su validez en la Carta Magna.

Junto a estas normas de la ley reglamentaria encontramos que se reconoce la calidad de autoridades sanitarias, según el artículo 4° a:

- I. El Presidente de la República;
- II. El Consejo de Salubridad General;
- III. La Secretaría de Salud, y
- IV. Los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el Gobierno del Distrito Federal.

En suma, el derecho a la protección de la salud, analizado desde las normas del ordenamiento jurídico vigente que forman parte de la ley suprema de toda la Unión, es un derecho fundamental que fue elevado a rango constitucional con la reforma de 2011 en la materia y con ello se amplió su espectro de derecho y las garantías para su protección desde y hacia la comunidad internacional para todas las personas. También es preciso mencionar que en el texto constitucional se encuentra la base y soporte del Derecho de la salud en los tratados

internacionales y las leyes conexas sobre la materia, en especial el derecho a la protección de la salud, a través de la ley general de salud. De esta examinación, el contenido derecho a la protección de la salud a través de las normas de Derecho sanitario es el siguiente:

- a. Es constitucionalmente un derecho humano dotado de garantías para su protección que se encuentra determinado en forma por el Derecho social y que dada su regulación en cuanto participan agentes de derecho privado también lo es de derecho civil y mercantil, principalmente, por cuanto regula la prestación del servicio y responsabilidades de dichos prestadores de servicios de salud.
- b. Está reconocido como un derecho fundamental por el Alto Tribunal en diversas tesis y está asociado a diversos derechos, con lo cual, su eficacia depende de la existencia y cumplimiento de otras categorías normativas.
- c. Los tratados internacionales llaman de forma diversa al derecho que tienen las personas de que su estado de salud sea respetado, protegido, garantizado y en su caso reparado cuando sea amenazado por hechos no imputables a sus propios actos. La Declaración Universal lo entiende como el derecho a un nivel de vida que asegure la salud; la Declaración Americana en el mismo sentido lo reconoce como un derecho a la preservación de la salud, el PIDESC lo describe como un derecho al más alto nivel posible de salud. La Suprema Corte en diversas interpretaciones como arriba se mostró lo llama derecho a la salud, del cual ya advirtió el error, sin embargo, sus conclusiones hacen determinar que es el mismo derecho de que se trata en este trabajo, en los tratados internacionales y en la Constitución.
- d. Los contenidos del derecho a la protección de la salud que forma parte de la salubridad general que las leyes del congreso deben contemplar están descritos en al artículo 3° de la Ley, desde los poderes públicos y los particulares, hacia el control de

establecimientos sanitarios, su regulación, inspección de actividades, divulgación de programas de nutrición, maternidad, sexualidad, higiene laboral; prevención de enfermedades, control sanitario de productos importados y exportados, de cuerpos humanos y del genoma, de estudios de investigación sobre la salud, la regulación de actividades de prestadores de servicios médicos, entre otros.

- e. La finalidad del derecho a la protección de la salud son lograr el bienestar físico de las personas, prolongar la vida y proteger y acrecentar los valores del derecho sanitario para contribuir al desarrollo social según el artículo 2º de la ley sanitaria.
- f. El derecho de protección al estado de salud de las personas está en relación a de la calidad de vida que ostente y en algunos casos a su capacidad económica para tener acceso a los servicios médicos que los particulares ofrecen, según lo dispone al artículo 46 de la Ley.
- g. El derecho a la protección de la salud, cuando hay interferencia de actividades de los prestadores de servicios sanitarios particulares se rige por las disposiciones normativas del derecho civil y del derecho mercantil según lo dispone la ley general de salud en el artículo 48.

INSTITUCIONES DE TUTELA Y GARANTÍA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Las instituciones públicas de tutela del derecho a la protección a la salud y sus garantías se organizan en función de la facultad que la Constitución federal les asigna, por ello se agrupan en administrativas, judiciales y legislativas. En el desarrollo consecuente de esta apartado se tratan los dos primeros grupos ya que el tercer grupo de instituciones son precisamente las que dictan las normas principales con las cuales las demás instituciones operan y por ello resultaría ociosa y sin fundamento su repetición.

II. La Administración Pública Federal.

b. Secretaría de Salud.

La Constitución política establece en el artículo 90 el fundamento de la Administración Pública Federal y a su vez determina la regulación por medio de la ley orgánica que expida el Congreso de la Unión, misma que es la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (en adelante la Ley Orgánica o la LOAPF). Esta ley determina en el artículo 1o. que su objeto es determinar las bases de organización de la Administración Pública Federal y el artículo 2o. establece que para el despacho de los asuntos encomendados al Poder Ejecutivo la Administración Pública Centralizada contará con dependencias a las que llama Secretarías de Estado. Las Secretarías de Estado tienen competencias determinadas por acuerdos que emita el Presidente de la República según el artículo 11 de la Ley Orgánica. En los asuntos en que el derecho a la protección de la salud es pertinente, se ocupa la Secretaría de Salud que determina el artículo 26 de la ley en comento y el artículo 39 de la misma LOAPF precisa las competencias de esta dependencia en los términos siguientes y con el énfasis que es propio del sustentante:

Artículo 39.- A la Secretaría de Salud, corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

I.- Establecer y conducir la política nacional en materia de asistencia social, servicios médicos y salubridad general, con excepción de lo relativo al saneamiento del ambiente; y coordinar los programas de servicios a la salud de la Administración Pública Federal, así como los agrupamientos por funciones y programas afines que, en su caso, se determinen.

[...]

Asimismo, propiciará y coordinará la participación de los sectores social y privado en dicho Sistema Nacional de Salud y determinará las políticas y acciones de inducción y concertación correspondientes;

[...]

VIII.- Dictar las normas técnicas a que quedará sujeta la prestación de servicios de salud en las materias de Salubridad General, incluyendo las de Asistencia Social, por parte de los Sectores Público, Social y Privado, y verificar su cumplimiento;

[...]

XXI.- Actuar como autoridad sanitaria, ejercer las facultades en materia de salubridad general que las leyes le confieren al Ejecutivo Federal, vigilar el cumplimiento de la Ley General de Salud, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables y ejercer la acción extraordinaria en materia de Salubridad General;

[...]

XXIII.- Establecer y ejecutar con la participación que corresponda a otras dependencias asistenciales, públicas y privadas, planes y programas para la asistencia, prevención, atención y tratamiento a los discapacitados;

[...].

En este sentido, la Secretaría de Salud es la dependencia federal, en materia de salubridad, de mayor importancia para el Estado mexicano y se constituye también como autoridad sanitaria bajo el fundamento legal de la fracción III del artículo 4o. de la Ley General de Salud. Como es notorio, la LOAPF determina los asuntos de la competencia de la Secretaría de Salud, sin embargo, en un primer momento, no precisa lo conducente cuando haya controversias en el correcto despacho de esos asuntos. En este sentido y para efecto de resolver situaciones de orden administrativo se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (en adelante la CONAMED o la Comisión). Esta fue creada a partir del Decreto presidencial publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 1996 como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud prevista en el artículo 39 en relación al artículo 2º de la LOAPF, reglamentaria del artículo 90 constitucional.

La creación de la CONAMED atiende al establecimiento de instituciones que velen por el respeto al derecho a la protección de la salud en el ámbito administrativo a través de procedimientos alternativos de solución de controversias que se susciten entre los prestadores de servicios de salud, públicos y privados, y los usuarios que se encuentren afectados por esos servicios mediante la adopción de un laudo que se elabora siguiendo las normas del derecho en materia civil, entre otra funciones relacionadas como la orientación, asesoría especializada y la gestión inmediata de acciones administrativas. Sin embargo, ya que esta investigación se enfoca a la materia constitucional, los aspectos a determinar en la

emisión del laudo serán condicionados a la existencia de relaciones directas del Estado en las afectaciones a los particulares; además, cabe recordar que el estudio presente se dirige al análisis de resoluciones que han impactado el derecho a la protección de la salud vigente en el modelo neoliberal de la política estatal de México frente al sistema interamericano de los derechos humanos y dado que los laudos que emite la CONAMED han hecho aportes a la ciencia jurídica del derecho en comento, es por lo cual se hace una breve introducción a su integración y funcionamiento por emitir resoluciones que permiten estudiar la protección a la salud desde el aspecto jurídico.

El Reglamento Interno de la CONAMED en la fracción VII y VIII del artículo 3 establece a la Dirección General de Conciliación y la Dirección General de Arbitraje para dar cumplimiento a las atribuciones de la CONAMED en materia administrativa de controversias de orden sanitario público y privado. Es por ello que, como veremos a continuación, cuando se opta por el juicio de amparo en vía indirecta ante un juzgado de distrito en materia civil, la CONAMED para efecto de amparo es autoridad responsable pues el acto reclamado consiste en el contenido de derecho civil que lleva el laudo y no por la autoridad que lo dicta, tan es así que el laudo carece de ejecutabilidad por la CONAMED y por ello, en incumplimiento se puede acudir a la citada autoridad jurisdiccional para resolver en definitiva el caso.

III. Competencias Jurisdiccionales

a. Del Poder Judicial de la Federación.

De acuerdo con la Carta magna en su artículo 103 y 107, la intervención del Poder Judicial de la Federación en asuntos que involucren violaciones a derechos humanos como lo es la protección a la salud se hace por medio del juicio de amparo y así establece que:

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

Como se aprecia, el Poder Judicial de la Federación a través de los órganos jurisdiccionales resuelve las controversias en materia de derechos humanos tomando en cuenta el bloque de constitucionalidad y convencionalidad de las normas jurídicas. Junto a este precepto constitucional, encontramos la regulación específica en la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en la fracción I del artículo 1º establece:

ARTÍCULO 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; [...]

El amparo protege a la personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.

De forma genérica se observa que constitucionalmente existe un medio jurisdiccional de garantía para el derecho a la protección de la salud inserto en el artículo 4º de la Constitución. Seguido del artículo que precede, también existen otras disposiciones de la ley de amparo que indican la procedencia del amparo en ambas vías según el acto u omisión que se reclame. Para ello, el artículo 107 y 170 especifican el procedimiento de amparo en ambas vías, de los cuales son competentes para conocer los juzgados de distrito y los tribunales unitarios de circuito según la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de la siguiente manera:

ARTÍCULO 107. El amparo indirecto procede:

[...]

II. Contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo;

Artículo 170. El juicio de amparo directo procede:

I. Contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellos, o que cometidas durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo.

[...]

II. Contra sentencias definitivas y resoluciones que pongan fin al juicio dictadas por tribunales de lo contencioso administrativo cuando estas sean favorables al quejoso, para el único efecto de hacer valer conceptos de violación en contra de normas generales aplicadas.

El Juez Fernando Silva García en su Artículo *¿El juicio de amparo frente a particulares? El derecho a la salud contra médicos y hospitales privados*,⁹⁶ dice que el contenido del derecho a la protección de la salud se puede analizar conforme a los dos supuestos de procedencia del juicio de amparo. También dice que en el caso de violaciones a derechos humanos entre particulares, en que existe una *eficacia horizontal indirecta*, al reclamarse en vía ordinaria los preceptos que constituyan la ilegalidad de la actuación debe, paralelamente invocarse los contenidos de carácter constitucional como son los derechos humanos, y de esta manera, y en atención a la obligación que tienen los jueces al emitir sus resoluciones de forma completa, se debe hacer el análisis integro de todo lo solicitado por el agraviado.

Los contenidos de estos preceptos son explicados en el enfoque del concepto de autoridad. Autoridad según la ley de amparo es “con independencia

⁹⁶ SILVA GARCÍA, Fernando., “¿El juicio de amparo frente a particulares? El derecho a la salud contra médicos y hospitales privados”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, pág. 236. Consultado el 17 de mayo de 2016.

de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas”. En este orden de ideas, conviene recordar que la Ley General de Salud establece directamente el carácter de autoridad en materia sanitaria a algunas personas, las cuales, bajo este supuesto normativo podrían ser autoridades responsables para efecto del amparo, por sus actos y/o por sus omisiones que afecten los derechos humanos y garantías.

b. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

De acuerdo con el artículo 33 de la Convención Americana, para conocer de los asuntos que se relacionen con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en el Pacto de San José se establece la competencia de la Comisión (en adelante la Comisión Interamericana o la Comisión IDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o la Corte IDH).

1. La Comisión está compuesta de siete miembros de distintos Estados miembros, los cuales son elegidos por un periodo de cuatro años, los cuales pueden ser reelectos por una sola vez. Este organismo representa a la OEA y se encarga de recibir las quejas, denuncias, peticiones o comunicaciones por violaciones a la Convención Americana por un Estado parte y, además, comparecerá en todos los casos sometidos a la Corte Interamericana.
2. La Corte se compone de siete jueces nacionales, miembros de los Estados nacionales por un periodo de seis años, el cual puede ser renovado por un periodo igual. Esta Corte es competente para conocer de interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana, de asuntos sometidos por los Estados y la Comisión Interamericana, la cual fallará de forma definitiva, inapelable, motivada y notificará y transmitirá a los Estados miembros partes del Pacto de San José sus resoluciones.

En los casos sobre el derecho de protección a la salud y con fundamento en las disposiciones de la Convención Americana, estos órganos del sistema interamericano conocen de presuntas violaciones cometidas bajo la responsabilidad de los Estados parte. Cabe mencionar que las normas relativas al derecho de protección a la salud se analizan en el Pacto de San José a través de las obligaciones estatales y derechos de las personas de conexos contenidos en los artículos 1 (obligación de respetar los derechos humanos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno de cada Estado miembro para garantizar el cumplimiento de la Convención Americana), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 11 (protección de la honra y dignidad personal), 19 (derechos de los niños), 25 (protección judicial nacional e internacional) y 26 (desarrollo progresivo de los derechos, en el caso concreto, a la protección de la salud) del propio instrumento internacional de la forma que se ha precisado en la teoría de la irradiación de las normas en el capítulo primero de esta exposición. La Corte IDH en asuntos de su competencia, por ejemplo, hace interpretaciones indirectas a los mismos artículos de la Convención Americana para determinar las responsabilidades estatales en relación al derecho a la protección de la salud frente a los particulares como lo hizo al resolver el caso Ximenes Lopes vs Brasil. En la sentencia, la Corte IDH interpretó indirectamente una parte del artículo 5 de la Convención Americana⁹⁷ para poder entrar al fondo del asunto, relativo al estado de salud como parte de la integridad personal y la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes sobre las personas, y así poder decidir sobre los efectos producidos.

⁹⁷ La parte interpretada es la siguiente:
"Artículo 5. Derecho a la integridad personal
1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o *tratos crueles, inhumanos o degradantes.* [...]".
(Lo subrayado es del sustentante)

LAS TESIS JURISPRUDENCIALES Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

IV. Establecimiento y funcionamiento de las tesis jurisprudenciales.

El ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, dice que la jurisprudencia es una acepción que tiene su origen en el *stare decisis* del derecho angloamericano y se refiere al conjunto de criterios contenidos en las sentencias de los tribunales constitucionales como últimos intérpretes de la Constitución.⁹⁸ La jurisprudencia explica los contenidos normativos y sirve como orientación para dictar sentencias como lo señala el artículo 14 de propio texto constitucional. En México, conforme a los resolutivos de la contradicción de tesis 293/2011 emitida por el Máximo Tribunal de Justicia, es también vinculante la jurisprudencia emitida por la Corte IDH para que sea aplicada por los operadores jurídicos nacionales en los asuntos de su competencia. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia en México emitió la siguiente tesis que derivó de la contradicción de tesis mencionada que es del tenor literal siguiente:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el

⁹⁸ FERRER MAC – GREGOR., Eduardo, RAMÍREZ, F. M., y MEJÍA, G. F. A. (Coordinadores), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional. G – Z, tomo II*, Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014. Disponible en: <http://www.tepif.gob.mx>. Consultado el 21 de febrero de 2016.

criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser posible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.⁹⁹

La tesis precedente aclara tres situaciones que en México ha modernizado la labor jurisdiccional como se detalla:

- a) deben atenderse a todos los criterios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante el SIDH) aun cuando el Estado mexicano no forme parte de un caso sometido para su conocimiento;
- b) la armonización de la jurisprudencia debe realizarse en la medida de las posibilidades legales y;
- c) debe aplicarse el criterio que resulte, aun todavía, más favorable a las personas.

Como es sabido, en México hay varias formas de establecer la jurisprudencia según las materias de cuyos casos el último intérprete es la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para efecto del derecho a la protección de la salud como un derecho humano vinculado al reconocimiento y protección en los tratados internacionales, este estudio se dirige a los contenidos de la Ley de Amparo porque el juicio que regula es el medio idóneo para resolver las controversias que se susciten por violaciones a los derechos humanos y sus garantías contenidos en la norma fundamental y en los tratados internacionales de la materia, que según el artículo 215 de la misma ley.

⁹⁹ Tesis: P. XXI/2014 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Pleno, libro 5, abril de 2014, t. I, pág. 204. Registro digital: 2006225.

V. Tesis de jurisprudencia que vinculan al Estado y a los prestadores de servicios sanitarios particulares (PSSP).

Este estudio presenta las siguientes tesis relevantes para conocer los fundamentos jurídicos del derecho a la protección de la salud junto a la prestación de servicios sanitarios por particulares. En primer lugar, es indispensable conocer el contenido de este derecho y la interpretación constitucional realizada de la siguiente manera:

DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Este Alto Tribunal ha señalado que el derecho a la protección de la salud [...] tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, y que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. [...] el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano. Así, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre las primeras, la relativa a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al

disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.¹⁰⁰

En relación al concepto del “nivel más alto posible” que menciona la tesis anterior, este fue complementado por la Segunda Sala de la Suprema Corte, en relación a las obligaciones del Estado de la siguiente manera:

SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO. [...] teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el Artículo 12 del citado Pacto, se impone al Estado Mexicano, por un parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, de un cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.¹⁰¹

La relevancia sobre esta tesis radica en establecer la obligación de carácter internacional que tiene el Estado mexicano, ya de contenido o resultado. La primera se refiere al contenido normativo y su aplicación directa y la segunda al desarrollo que conforme a las políticas del Estado se produzca en la protección de dicho derecho. Es por lo anterior que la tesis afirma que en la obligación de resultado se contiene el principio de progresividad de la Parte II, Artículo 2, numeral 1 del PIDESC que se relaciona con el numeral 1 del Artículo 12 del mismo tratado internacional en lo conducente a reconocer el derecho al *disfrute del más alto nivel* posible de salud física y mental. Además, la jurisprudencia ha establecido las formas en que se puede cumplir con las obligaciones por parte de

¹⁰⁰ Tesis: 1a. LXV/2008 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXVIII, julio de 2008, pág. 457. Registro digital: 169316.

¹⁰¹ Tesis: 2a. CVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro XII, noviembre de 2014, t. I. pág. 1192. Registro digital: 2007938.

los Estados en relación con el PIDESC y el concepto de *más alto nivel* sobre el derecho a la protección de la salud como se precisa a continuación:

DERECHO A LA SALUD. FORMA DE CUMPLIR CON LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, PARA GARANTIZAR SU DISFRUTE. [...]Uno de los más importantes es la Observación General Número 14 del Comité de los Derechos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas[...] que, esencialmente, consagra la obligación de proteger, respetar y cumplir progresivamente el derecho a la salud y no admitir medidas regresivas en su perjuicio, absteniéndose de denegar su acceso, garantizándolo en igualdad de condiciones y sin condicionamiento alguno, debiendo reconocer en sus ordenamientos jurídicos, políticas y planes detallados para su ejercicio, tomando, al mismo tiempo, medidas que faciliten el acceso de la población a los servicios de salud, es decir, este ordenamiento incluye no solamente la obligación estatal de respetar, sino también la de proteger y cumplir o favorecer este derecho. [...].¹⁰²

Como se ha visto, el Estado está comprometido a cumplir determinadas obligaciones contraídas bajo las relaciones internacionales y como se precisó, es el ente político que, en materia de salud, es responsable porque el derecho a la protección de la salud se considera de orden público e interés social. Esto ha sido concretado por el Pleno del Máximo Tribunal en la jurisprudencia siguiente:

SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4o., TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL. La Ley General de Salud, reglamentaria del citado precepto constitucional, precisa que los servicios de salud, atendiendo a los prestadores de los mismos, se clasifican en: a) servicios públicos a la población general, [...]; b) servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social [...]; c) servicios sociales y privados, los primeros se prestan por los grupos y organizaciones sociales a sus miembros y beneficiarios de los mismos, directamente o mediante la contratación de seguros individuales y colectivos, y privados, los que se prestan por personas físicas o

¹⁰² Tesis: I.4o.A.86 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXV, octubre de 2013, t. III, pág. 1759. Registro digital: 2004683.

morales en las condiciones que convengan con los usuarios, sujetos a las leyes civiles y mercantiles, los cuales pueden ser contratados directamente por los usuarios o a través de sistemas de seguros individuales o colectivos y, d) otros que se presten de conformidad con la autoridad sanitaria, como lo son aquellos que conforman el Sistema de Protección Social en Salud, previsto para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, que será financiado de manera solidaria por la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los propios beneficiarios mediante cuotas familiares que se determinarán atendiendo a las condiciones socioeconómicas de cada familia, sin que el nivel de ingreso o la carencia de éste sea limitante para acceder a dicho sistema. Lo anterior permite advertir que el derecho a la protección de la salud se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud y que en virtud de que ésta es una responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y los interesados [...] de ahí que la salud sea una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso.¹⁰³

La jurisprudencia inmediata anterior refiere que el Estado, la sociedad y el particular afectado comparten la responsabilidad de cuidado al derecho a la protección de la salud contenido en diversos instrumentos internacionales de acuerdo a su capacidad contributiva y atendiendo a su capacidad socioeconómica.

Sin embargo, las capacidades socioeconómicas favorables o no a una persona no son un factor condicionante de vulneración o violación a derechos puesto que no solo las violaciones y afectaciones a ese derecho se encuentran en personas con limitadas posibilidades de desarrollo económico. En este sentido, hay que recordar que muchas violaciones o afectaciones simples al derecho a la protección de la salud pueden ser provocadas por agentes particulares, sin descartar cualquier condición socioeconómica, y por ello mismo la Primera Sala del Alto Tribunal determinó que las relaciones entre particulares tienen un efecto en los derechos fundamentales que debían ser estudiadas por los operadores

¹⁰³ Jurisprudencia: P./J. 136/2008 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXVIII, octubre de 2008, pág. 61. Registro digital: 168549.

jurídicos para determinar su multidireccionalidad respecto del Estado o de los particulares, de ambos o de ninguno, en el caso concreto. La tesis siguiente expone este argumento sin dejar de mencionar el sentido de publicidad que tienen los derechos reconocidos en la Constitución:

DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. [...] la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. [...] A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). [...] la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete. [...].¹⁰⁴

De lo anterior, se estudia al derecho de protección a la salud como obligación primaria del Estado para garantizar y proteger el derecho subjetivo, y como obligaciones que se contaren en las relaciones entre particulares y los efectos directos en los derechos fundamentales y sus garantías de protección. Lo anterior se afirma con base en la tesis de rubro:

¹⁰⁴ Tesis aislada: 1a. CLI/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXXIV, agosto de 2011, pág. 222. Registro digital: 159936.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. IMPONE DEBERES TANTO A LOS PODERES PÚBLICOS COMO A LOS PARTICULARES QUE SE DEDICAN AL ÁMBITO DE LA SALUD. El derecho a la salud consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone deberes complejos a [...] los particulares, tales como los médicos, hospitales privados, empleadores y administradores de fondos de pensiones y jubilaciones. En consecuencia, del análisis del contenido y estructura del derecho fundamental a la salud, se desprende que éste es vinculante no solo frente a los órganos del Estado, sino que [...] posee eficacia jurídica en ciertas relaciones entre particulares. [...] Así las cosas, en virtud de la fuerza normativa de la Constitución, no resulta compatible concebir que los hospitales privados y su personal médico son regidos únicamente bajo figuras del derecho privado, en especial cuando estos sujetos obran en aras a la protección de la salud de las personas. En efecto, en virtud de la complejidad de los sistemas jurídicos en los cuales no se puede hacer una división clara y tajante entre derecho público y privado. Lo anterior se actualiza en el ámbito de los hospitales privados y su personal médico, ya que su actuar tiene repercusiones en la protección de la salud de los pacientes. En conclusión, no puede negarse que el objetivo consistente en proteger el derecho a la salud de los pacientes es un fin público, pues excede el mero interés de los particulares al ser una meta inherente del Estado mexicano.¹⁰⁵

A través de estas tesis, se muestra la progresividad del derecho a la protección de la salud en cuanto, no solo las autoridades del Estado son quienes reportan deberes de cuidado y atención a tal derecho, sino que por virtud del desarrollo de las relaciones interpersonales que fueron descritas en el capítulo primero de esta investigación, es de observarse que también las relaciones entre particulares llegan a poseer eficacia jurídica en el derecho humano en comento y que derivado de esas relaciones, existen más formas de observar la evolución del derecho y su garantía, ya que no solo se ha estudiado el derecho humano frente a las afectaciones que el Estado pueda causar a las personas sino también otros particulares, ya sean personas físicas o morales como lo ha detallado este precedente jurisdiccional. Respecto a la primera de las obligaciones, la de

¹⁰⁵ Tesis aislada en materia constitucional: 1a. XXIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, libro XVI, enero de 2013, t. I, pág. 626. Registro digital: 2002501.

cumplimiento del Estado, también la Segunda Sala de la Corte en México determinó que no basta aducir por parte del Estado una carencia presupuestaria para dejar fuera de protección a las personas y que necesariamente debe acreditarse. De otra forma, El Estado violaría las obligaciones internacionales contraídas en el PIDESC.

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. CUANDO EL ESTADO ADUCE QUE EXISTE UNA CARENCIA PRESUPUESTARIA PARA SU REALIZACION, DEBE ACREDITARLO. [...] no basta la simple afirmación del Estado Mexicano de que existe limitación presupuestaria para que se tenga por acreditado que ha adoptado todas las medidas “hasta el máximo de sus recursos” de que disponga, para lograr la realización de los derechos consagrados en el referido Pacto, sino que para ello deberá aportar el material probatorio en que sustente su dicho. Por tal motivo, en todo asunto en que se impugne la violación a los derechos constitucionales de la materia, los juzgadores nacionales deben distinguir entre la capacidad real para cumplir con las obligaciones que el Estado ha contraído en materia de derechos humanos, frente a la renuencia a cumplirlas, pues es esa situación la que permitirá determinar las acciones u omisiones que constituyan una violación a tales derechos humanos.¹⁰⁶

La Suprema Corte determinó que las obligaciones contraídas no se agotan en las cláusulas contractuales por las que se presta un servicio de salud ya que los profesionales médicos están sujetos a los estándares que el Estado determine, en cuanto, este último es el primer garante del derecho a la protección de la salud y además que el concepto de salud es de carácter público. Sirve de apoyo el siguiente criterio emitido por la Primera Sala del Máximo Tribunal de Justicia en México en que determina el deber del Estado para establecer y vigilar los controles sanitarios respecto de los servicios que se presten, la primera parte menciona que el derecho comprende el disfrute de servicios en todas sus formas, el cual incluye el servicio privado que reconoce la fracción III del Artículo 34 de la Ley General de Salud:

¹⁰⁶ Tesis: 2a. CIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro XII, noviembre de 2014, t. I, pág. 1190. Registro digital. 2007936.

DERECHO A LA SALUD. SU PROTECCIÓN EN EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD. El derecho a la salud, entre varios elementos, comprende: el disfrute de servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiendo calidad como la exigencia de que sean apropiados médica y científicamente, esto es, que exista personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, y condiciones sanitarias adecuadas. [...] para garantizar el derecho a la salud, es menester que se proporcionen con calidad los servicios de salud, lo cual tiene estrecha relación con el control que el Estado haga de los mismos. [...] Así, una forma de garantizar el derecho a la salud, es establecer regulaciones o controles destinados a que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología, en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado [...].¹⁰⁷

SERVICIOS DE SALUD. LAS OBLIGACIONES DEL PERSONAL MÉDICO DERIVADAS DE SU PRESTACIÓN EN LOS HOSPITALES PRIVADOS NO SE LIMITAN A LAS DISPOSICIONES DE DERECHO PRIVADO. La actuación de los hospitales privados y de su personal médico tiene repercusiones en la protección de la salud de los pacientes, lo cual reviste un interés de carácter público, por lo que excede el mero interés de los particulares, al ser una meta inherente del Estado Mexicano, de manera que los profesionales de la salud pueden tener un deber concreto, derivado del contrato de prestación de servicios, pero también uno que va más allá de lo pactado o convenido por las partes, consistente en observar los estándares correspondientes a su profesión; de ahí que las obligaciones derivadas de la prestación de servicios de salud en los hospitales privados no se limitan a las disposiciones de derecho privado¹⁰⁸

No obstante lo anterior, es indispensable que, en su caso, en los hospitales privados exista el profesional capacitado que supervise los procedimientos que se realicen y para hacer cumplir la legislación en materia sanitaria. En caso de

¹⁰⁷ 45/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación, Apéndice 1917*, Novena época., t. I Constitucional, septiembre de 2011, pág. 885. Registro digital: 1001554.

¹⁰⁸ Tesis aislada en materia constitucional: 1a. CXXII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro XVI, t. II, marzo de 2015, pág. 1117. Registro digital: 2008751.

negligencia por los médicos que trabajan en el hospital privado de que se trate según el caso en concreto, la carga de la prueba, en los casos de responsabilidad civil, recae en dichos hospitales.

SERVICIOS DE SALUD. LA EXISTENCIA DE UN MÉDICO RESPONSABLE QUE VIGILE EL DESARROLLO DE LOS PROCEDIMIENTOS QUE SE REALICEN DENTRO DE UN HOSPITAL PRIVADO HACE EVIDENTE QUE LA INSTITUCIÓN TRABAJA DE FORMA COORDINADA CON SUS MÉDICOS EMPLEADOS O DEPENDIENTES. La Ley General de Salud no distingue en cuanto a si el prestador de los servicios de salud es una dependencia o entidad pública o privada, si es una persona moral o física, ni el tipo de servicio [...] en razón de que la atención médica es el conjunto de servicios que proporcionan esos prestadores de forma conjunta para proteger, promover o restaurar la salud de las personas; [...]. En ese sentido, los artículos 18 y 19 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, prevén que todos los establecimientos, [...] deben contar con un médico responsable [...] vigile el desarrollo de procedimientos para asegurar que la prestación de servicios que el establecimiento ofrezca sea oportuna y eficiente, así como para que se cumpla cabalmente la ley, por lo que, suponer que éstos actúan de forma independiente, es decir, que no son empleados o dependientes, sería incongruente, pues no podrían cumplir con sus funciones. [...].¹⁰⁹

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS DERIVADA DE LA NEGLIGENCIA DE SUS MÉDICOS. CARGA DE LA PRUEBA. En los casos de responsabilidad civil de los hospitales privados, derivada de la negligencia de sus médicos, resulta excesivo establecer que el usuario del servicio de salud debe demostrar la relación laboral o profesional entre aquéllos y el hospital para que proceda la responsabilidad civil de ambos, pues no sólo llevaría la carga de ser víctima de la mala praxis o del acto que motivó el daño, sino que judicialmente sería revictimizado, al obligársele a probar una cuestión fuera de su alcance. En esas condiciones, los usuarios de los servicios de atención médica, así como sus familiares, están en una condición de desventaja por el desconocimiento del personal del hospital que tiene la calidad de empleado y la de independiente, pues no están enterados de las complejidades técnicas de los acuerdos contractuales y de empleo entre el hospital y el personal que opera ahí, al contrario del hospital,

¹⁰⁹ Tesis aislada en materia constitucional: 1a. CXXI/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro XVI, marzo de 2015, t. II, pág. 1116. Registro digital: 2008750.

que sí tiene conocimiento y, además, decide cómo organizarse y representarse. De ahí que el usuario de los servicios de salud privada, al estar en una posición de desventaja frente a la institución médica, no tiene la carga de la prueba.¹¹⁰

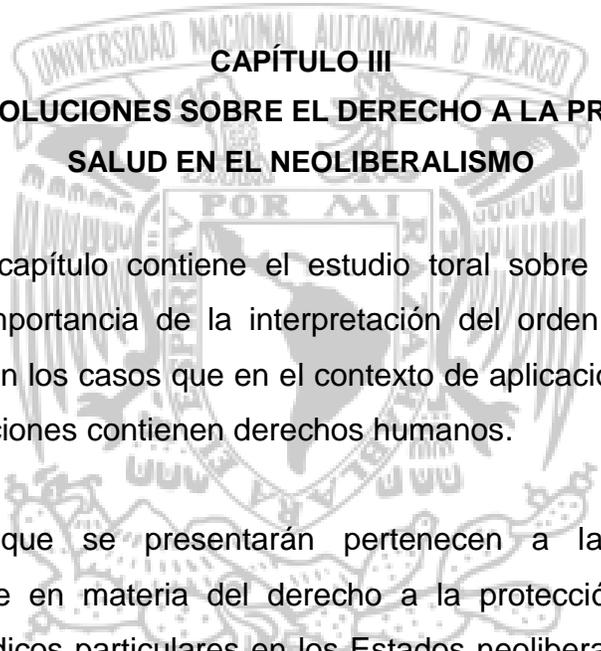
En este orden de ideas, al incurrir en responsabilidad civil por daños a ese derecho, las autoridades repararán las violaciones como señala, ejemplificativamente, la siguiente tesis:

DERECHO A LA SALUD. ALGUNAS FORMAS EN QUE LAS AUTORIDADES DEBEN REPARAR SU VIOLACIÓN. Cuando en un caso concreto esté directamente vinculado el derecho a la salud y exista una determinación de la vulneración de aquel, el juzgador tiene que, en efecto, buscar, dentro de sus respectivas competencias y atendiendo al caso concreto, ordenar las reparaciones pertinentes. [...] Algunas de las reparaciones [...] son: i) establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones; ii) las autoridades deben prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para la presunta víctima, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto; iii) cuando hay una lesión clara a la integridad de la persona, como es la mala práctica médica, las autoridades políticas, administrativas y especialmente judiciales, deben asegurar e implementar la expedición razonable y pronta en la resolución del caso; iv) tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud; v) otorgar servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiendo calidad como que sean apropiados médica y científicamente. Cuando en un caso concreto esté directamente vinculado el derecho a la salud y exista una determinación de la vulneración de aquel, el juzgador tiene que buscar, dentro de sus respectivas competencias y atendiendo al caso concreto, ordenar las reparaciones pertinentes.¹¹¹

¹¹⁰ Tesis aislada en materia civil emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte: 1a. CXVII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro XVI, marzo de 2015, t. II, pág. 1112. Registro digital: 2008747.

¹¹¹ Tesis aislada: 1a. CCCXLIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro XXIV, noviembre de 2015, t. I, pág. 969. Registro digital: 2010420.

En el punto primero sobre las formas de reparación por parte de los poderes públicos claramente establece el establecimiento de un marco normativo que atienda a los estándares de calidad para las instituciones de salud privadas. Este punto junto al segundo, respecto de la previsión para supervisar y fiscalizar a las instituciones de salud, ponen de manifiesto que el Estado es quien determina bajo su responsabilidad los componentes básicos de los servicios de salud y bajo su observancia queda la adecuada prestación de servicios a través de las instituciones que al efecto se establezcan en la Administración Pública.



CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE RESOLUCIONES SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL NEOLIBERALISMO

El presente capítulo contiene el estudio total sobre el que se muestra materialmente la importancia de la interpretación del orden normativo superior nacional con base en los casos que en el contexto de aplicación de las normas de los tratados internacionales contienen derechos humanos.

Los casos que se presentarán pertenecen a las decisiones más trascendentales que en materia del derecho a la protección de la salud con intervención de médicos particulares en los Estados neoliberalistas, en este caso de Brasil y de Ecuador, del sistema interamericano de protección de derechos humanos, y esas resoluciones se dictaron en 2006 y 2011, respectivamente, además, se estuvo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos e interpretaciones de los jueces de la Corte Interamericana en la legislación de cada Estado para poder determinar el grado de protección de cada derecho tutelado y el contenido que de acuerdo a esa misma legislación tenía frente a la comunidad internacional.

Ahora, el análisis de esos casos permite abordar en el presente estudio los temas de unificación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su obligatoriedad para los jueces mexicanos al dictar resoluciones de semejante contenido a fin de establecer un estándar de protección similar al de dicho sistema a fin de dotar de certeza, igualdad y seguridad jurídica a las personas y de efectividad a sus derechos y garantías protegidos. El fundamento legal para todo lo anterior se sigue de lo dispuesto por el artículo 1° constitucional vigente.

ANÁLISIS DE CASOS CONTENCIOSOS ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

VI. Fundamento y finalidad jurídica para analizar los casos contenciosos con impacto neoliberalista en la normativa mexicana.

El desarrollo permanente del Derecho pretende explicar la interpretación que de la ley hacen los juzgadores respecto del derecho a la protección de la salud tanto en México como en el SIDH y el impacto de dichas interpretaciones que tiene hacia al ordenamiento normativo nacional, la progresividad de dicho derecho humano y la presencia de aspectos neoliberalistas que se fundan en las políticas de desarrollo estatal que se distinguen principalmente en los casos que involucra a la iniciativa privada mediante la prestación de servicios de salud a otros particulares. Dado que el Estado mexicano es Parte del Pacto de San José, que aceptó la competencia contenciosa y consultiva de la Corte IDH y que internacionalmente las disposiciones y fallos derivados de la interpretación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos le son vinculantes, este estudio se enfoca a las determinaciones judiciales para observar el cumplimiento a lo anterior.

En atención al artículo 1º constitucional, se debe clarificar la tarea de los juzgadores cuando se involucren los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, como lo es la protección a la salud, esto es por las resoluciones con carácter definitivo que se dictan son las que impactan en la progresividad del derecho a la protección de la salud y luego en la labor de armonizar la jurisprudencia se encuentra la evolución y desarrollo del derecho a la protección de la salud que, junto a diversos factores, determinan el contenido del mismo y configuran el concepto de dignidad, que los tribunales reconocen como mínimo para las personas. Es por lo anterior que el análisis de casos nos permitirá identificar principios generales en construcción, cambios de paradigmas jurídicos, entender la dogmática de los tribunales y la integración del derecho a la protección de la salud bajo las políticas neoliberales del Estado mexicano y su impacto, positivo y negativo, en la progresividad del normativa y jurisprudencial del derecho a la protección de la salud en el siglo XXI como parte de la interacción de normas de protección humana nacionales e internacionales.

El principal fundamento para analizar los casos contenciosos que involucren al derecho humano a la protección de la salud dentro del actual derecho internacional de los derechos humanos se encuentra en el artículo 1º de la Constitución vigente cuando reconoce el rango constitucional de los derechos reconocidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado mexicano sea parte, luego en la parte I y II de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, los precedente judiciales y los principios generales del derecho en la materia de qué trata el artículo 14 de la propia Constitución Política. El estudio de los siguientes casos ha de mostrar el impacto principios neoliberalistas que se observan en las resoluciones en materia de derechos humanos dictadas con motivo de la interacción de particulares en relación al derecho a la protección de la salud y la trascendencia de esas resoluciones al derecho y la jurisprudencia en México, así como al modelo político paternalista de Estado y el perfeccionista del SIDH.

Los siguientes dos casos son, uno resuelto por la Corte IDH y el otro por la Comisión IDH, en la materia de derechos a la protección de la salud, los únicos donde el SIDH ha intervenido, en el primer caso sobre el Estado de Brasil, la Corte IDH lo condena, en el segundo caso, contra Ecuador, la Comisión IDH emite una recomendación. Estos casos forman parte de la jurisprudencia que ha emitido el SIDH y asimismo, los Estados, aunque no sean parte de una controversia deben atender a los criterios que se dicten para cumplir con el principio de progresividad de los derechos humanos y que desde luego, forman parte del contenido normativo que permanentemente modifica el contenido del pretendido derecho y se refleja en las decisiones de los órganos jurisdiccionales en México como un impacto normativo trascendental.

VII. Casos en relación al impacto del neoliberalismo en el derecho a la protección de la salud.

c) Caso Ximenes Lopes¹¹² vs Brasil.

El 4 de julio de 2006 se dictó la sentencia por la Corte IDH, integrada por el presidente Sergio García Ramírez, el vicepresidente Alirio Abreu Burelli, y los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade, Cecilia Medina Quiroga, Manuel E. Ventura Robles, Diego García-Sayán. Presentes, además, Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta. El juez Oliver Jackman informó a la Corte IDH que, por motivos de fuerza mayor, no podía estar presente en la deliberación y firma de la presente Sentencia. Se denunció la violación al artículo 4, 5, 8 y 25 relativos al derecho a la vida, a la integridad personal, garantías judiciales y protección judicial, respectivamente, de la Convención Americana por la peticionaria Irene Ximenes Lopes, hermana de la víctima, el señor Damiao, en contra de la República Federativa del Brasil.¹¹³

¹¹² Los apellidos están en idioma portugués y se citan como lo indica la sentencia.

¹¹³ Caso Ximenes Lopes vs Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006 de la Corte IDH, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Articulos/seriec_139_esp.pdf

Resumen del caso: el presente caso contencioso se originó por violaciones a derechos humanos cometidas por el personal médico de una casa de atención psiquiátrica particular que operaba dentro del marco del sistema público de salud brasileño contra el señor Damiao Ximenes Lopes. En este caso, la víctima fue internada en la Casa de Reposo Guararapes el 1 de Octubre de 1999 y con motivo de diversos métodos de asistencia médica irregular, tratos inhumanos, crueles y degradantes que provocaron la muerte de la víctima el día 4 del propio mes y año.

El 22 de noviembre de 1999, la peticionaria presentó a la Comisión IDH una queja contra la República Federativa del Brasil (en adelante el Brasil) por los hechos acontecidos en perjuicio de la víctima. Notificado que fue el Estado del Brasil, previo análisis de los alegatos presentados por ambas partes en el caso y habidos los procedimientos oportunos en la Comisión IDH, ésta decidió someter el asunto al conocimiento de la Corte IDH y esta última dictó la sentencia después de agotar los procedimientos reglamentados para la tramitación del proceso sometido a su decisión. En este caso, la Corte IDH, con base en la Convención Americana se pronunció y reiteró de la siguiente manera respecto del derecho a la protección de la salud que se ventilaba y la responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos por particulares que prestan servicios de atención médica a otros particulares. En primer lugar, sobre la responsabilidad internacional del Estado enfatizó que:

83. En el ámbito de dicha Convención, las obligaciones contenidas en sus artículos 1.1 y 2 constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado. El artículo 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respetar y de garantizar los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. A su vez, el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen

violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

84. Es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la que un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente, por acción u omisión, uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1.1 de la Convención.

En el punto 83 y 84, la Corte IDH interpreta directamente el contenido de la Convención Americana relativo a las obligaciones de los Estados parte y señala claramente que las acciones y omisiones de las autoridades que violen derechos humanos comprometen al Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, pues sobrevienen de la ilicitud de sus funciones públicas. Las acciones, por una parte, consisten en la expedición o derogación de normas de carácter interno que lesionen esos reconocimientos.

85. La Corte, además, ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales.

El punto 85 de la sentencia revoluciona el concepto clásico sobre la responsabilidad estatal y determina, en el ámbito de la doctrina de los derechos humanos, que los particulares también pueden ser sujetos a quienes se atribuyan violaciones a derechos humanos de forma secundaria, es decir, indirectamente. Esto es así porque en principio el Estado debe adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección efectiva a los derechos que puedan verse afectados

por el efecto que proyectan las obligaciones de respeto y garantía que ha contraído el Estado y continúa diciendo que:

86. Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental.

Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad.

87. Es decir, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado.

Surgen aquí dos supuestos que el sustentante afirma existentes con base en la explicación que precede para determinar la responsabilidad del Estado por la actividad de los particulares y para poder llamar violaciones a derechos humanos o delitos, a saber mediante los siguientes supuestos de aplicabilidad de la regla descrita por el punto 87 de la sentencia en cita:

- a) si el particular está autorizado y es supervisado por el Estado en sus actividades y si con su actividad se produce una violación a derechos, entonces el Estado, por comisión es directamente responsable de los daños y perjuicios causados;
- b) si el particular está autorizado y no es supervisado por el Estado en sus actividades, y si con su actividad se produce una violación a derechos, entonces el Estado, por omisión es directamente responsable de los daños y perjuicios causados; en estos casos existe violaciones a derechos humanos por acciones u omisiones imputables al Estado y fuera de estos supuestos, solo hay delitos imputables a los particulares. La autorización de los Estados hacia

los particulares constituye el contenido sobre el cual existe un determinado daño y su responsable.

88. La Corte ha establecido, además, que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.

Por cuanto hace a las relaciones interpersonales, la Corte IDH concluye que la protección a la salud es un bien público y por ello el Estado se obliga a prevenir cualquier afectación, en especial en situaciones vulnerables para las personas. Afirma que como parte de las políticas públicas, los Estados, bajo su jurisdicción, deben regular a todas las personas que prestan servicios médicos, sean públicas o privadas.

89. En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.

Se sostiene documentadamente que fue la Corte Interamericana la que afirmó que la protección a la salud es un bien público que los Estados deben proteger, aunado a ello y en la situación que nos ocupa, en México, de conformidad con el artículo 1º constitucional todas las autoridades están obligadas a promover, proteger, respetar y garantizar ese bien público. Y al seguir esa misma idea, si las autoridades son omisas en sus obligaciones, entonces vuelven al Estado responsable de los resultados producidos, frente a los particulares y frente a la comunidad del derecho internacional de los derechos humanos, al menos en el contexto de la Organización de los Estados Americanos.

En cuanto a esta obligación estatal y en función del servicio de administración de justicia nacional, la Comisión Interamericana también se ha pronunciado recientemente en el mismo sentido dentro del Informe 75/11 derivado del caso 12.683 que resolvió el 20 de Julio de 2011 a petición de Jorge Sosa Meza, quien denunció actos de la Republica de Ecuador contra la señora Melba del Carmen Suárez Peralta con motivo de malas prácticas médicas en una clínica privada en la Ciudad de Guayaquil. Ante la deficiencia en la actividad de las autoridades para hacer efectivas las garantías para la protección de los derechos humanos, la Comisión IDH sostiene que no están eximidos los Estados para cumplir los objetivos con que se dirige el Pacto de San José e informa que acudir a su instancia no constituye una instancia al tenor de lo siguiente:

83. No es función de la CIDH actuar como cuarta instancia respecto de lo actuado a nivel interno; sin embargo, cuando la conducta de las autoridades estatales conlleva una falla de las garantías protegidas a nivel interno y a nivel interamericano que habría obstaculizado el derecho de acceso a la justicia vinculado con un reclamo sobre el derecho a la salud, que es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados [...].

De esta manera, el SIDH muestra, tanto en la Comisión IDH como en la Corte IDH, la forma en que a través del estudio de las violaciones a derechos humanos consagrados en la Declaración Americana puede conocer del resto de derechos por interpretaciones indirectas sobre los tratados internacionales que los Estados parte han suscrito en el ámbito del modelo interamericano de protección de derechos humanos. Así, por ejemplo, las interpretaciones para poder entrar al fondo del asunto parten, como se muestra a continuación, de obligaciones estatales, por ejemplo.

90. La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos

de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.

En cuanto a la prestación de los servicios de salud por particulares, ese Tribunal interamericano señaló las relaciones existentes entre el Estado, como titular original para proteger los bienes públicos, en este caso la protección a la salud, y para regular la actividad de los particulares que puedan intervenir, tanto prestadores de servicios como aquellos que demanden esos servicios. La premisa para asignar la titularidad a los Estados en la obligación de proteger los derechos humanos se formula por medio de la delegación de funciones, en personas físicas y/o morales ya sean públicas y/o privadas.

96. La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible.

97. Los Estados están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos³⁰, extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad.

98. Los Estados deben, según el artículo 2 de la Convención Americana, crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud. Los Estados tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención

sea cumplido y puesto en práctica³¹, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad.

Ante este esquema ampliamente detallado del derecho a la protección de la salud frente a los particulares y las normas que deben observarse de manera interna en los Estado por parte de otros particulares la Corte Interamericana lo hizo mediante la interpretación indirecta del contenido del artículo 5 de la Convención Americana relativo a la derecho a la integridad personal y concluyó de la siguiente manera, resolviendo que el Estado había violado el derecho a la protección de la salud:

99. Por todas las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes.

Mediante estas consideraciones jurisprudenciales, la Corte IDH pone de manifiesto que las políticas estatales junto al ejercicio de la profesión médica por particulares genera conflictos normativos que se traducen en violaciones a derechos humanos suscitadas entre particulares de las cuales el Estado podría ser responsable internacionalmente por su omisión en la correcta aplicación de las disposiciones normativas del artículo 1 y 2 del Pacto de San José. Seguida de esta conclusión, por cuestión de armonización jurisprudencial ya estudiada y en la tesis de jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de rubro JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS., el Estado Mexicano está obligado a adoptar esos criterios en la medida que se presente un caso que, conforme a las reglas propias deba ser tratado de la misma forma por los tribunales. Con la adopción de estos criterios

orientadores se produce el impacto de que se ha tratado aquí. Desde el derecho internacional de los derechos humanos dirigido jurisdiccionalmente por el SIDH hasta el ordenamiento normativo interno de México se ha venido modificando el contenido de los derechos, en este caso, la protección a la salud, en atención a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de que trata la norma fundamental vigente en México en su primer artículo.

El análisis del Caso Ximenes Lopes vs Brasil se plantea en los tres tópicos siguientes, sin olvidar que no son los únicos y que por razón de estudio, son solo más adecuados mencionar aquí por su trascendencia orientadora al sistema normativo, institucional y político jurisdiccional en el marco del neoliberalismo que opera en México.

1. Responsabilidad internacional de los Estados por efecto directo en las relaciones entre particulares. Dicha responsabilidad se forma a partir del efecto directo que tiene el Estado, los particulares que prestan servicios médicos y los otros particulares que son afectados en virtud de la omisión de actividades estatales, lo cual se configura en violación directa a derechos fundamentales que bajo la inobservancia de los Estados, estos últimos se vuelven responsables.
2. Actividades internas del gobierno de un Estado respecto de los derechos fundamentales que reconoce y garantiza en la normativa y estructura institucional.
3. Violaciones a derechos humanos entre particulares que prestan servicios de salud. Su actividad se orienta por el neoliberalismo en cuanto venden servicios médicos que afectan a derechos humanos directamente como mercancías y no derechos. Se nota que los derechos subjetivos, en el derecho privado ya fueron superados de modo que su concepto vulnera, de por sí, a todas las demás concepciones de la dignidad humana en relación con el estado de

salud de las personas de que se han propuesto respetar los Estados frente a la comunidad internacional.

d) Caso Suárez Peralta vs Ecuador.

Este caso fue presentado ante la Comisión IDH mediante una petición presentada el 23 de febrero de 2006 por Jorge Sosa Meza, quien denunció actos de la República de Ecuador contra la señora Melba del Carmen Suárez Peralta con motivo de malas prácticas médicas en la clínica privada Minchala en la Ciudad de Guayaquil.

La propia Comisión Interamericana en la ciudad de Washington, integrada por la presidenta Dinah Shelton, el primer vicepresidente José de Jesús Orozco Henríquez, el segundo vicepresidente Rodrigo Escobar Gil, y los comisarios Paulo Sérgio Pinheiro, Felipe González, Luz Patricia Mejía Guerrero, y María Silvia Guillén, determinó en el Informe 75/11 a través del caso 12.683 que resolvió el 20 de Julio de 2011 en cuanto los siguientes hechos:¹¹⁴

Resumen del caso: Los hechos de imputación a Ecuador se originan en la intervención quirúrgica realizada el 1 de julio de 2000 por el doctor Emilio Guerrero Gutiérrez en la citada Clínica Particular Minchala, propiedad del médico Wilson Minchala Pinchú por la cual, tres días después de haberse realizado, la señora Melba padeció intensos dolores abdominales y otros malestares físicos. Ante esta situación anormal, su madre, la señora Melba Peralta Mendoza, decidió llevarla en calidad de servicios médicos de emergencia al Hospital Público Luis Vernaza, donde fue intervenida quirúrgicamente por diversos procedimientos porque había material purulento que estaba dañando su cuerpo.

La madre de Melba Suárez presentó una denuncia contra el médico Emilio Guerrero Gutiérrez y quienes resultaran responsables de dicha intervención

¹¹⁴ Caso Suárez Peralta vs Ecuador, informe 75/11 de 20 de julio de 2011, Comisión IDH, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Articulos/seriec_261_esp.pdf

alegando una mala práctica quirúrgica, falta de debidas precauciones y materiales humanos y falta de profesionalismo, impericia y negligencia médica. Seguido que fue el proceso en Ecuador bajo su procesalismo judicial en materia penal, el Tribunal de la causa resolvió que de la acción intentada había sobrevenido la prescripción respecto de las imputaciones al doctor Guerrero Gutiérrez, por cuanto que ya había transcurrido más de cinco años desde el momento en que se había dictado el auto por el cual se iniciaba el proceso contra él. Ante esta situación, la madre de Melba solicitó la imposición de una multa al juzgador en vista de que la prescripción devino de la falta de despacho oportuno en el caso, la cual fue denegada en el auto de 10 de noviembre de 2005. Este asunto fue presentado a la Comisión en febrero de 2006 la cual, previos trámites y procedimientos oportunos, resolvió en un informe que:

C. Determinaciones de derecho

1. Corresponde a la Comisión analizar si en el presente caso el Estado ecuatoriano ofreció el acceso efectivo a la justicia, conforme a los estándares previstos en la Convención Americana relativos a las garantías y protección judiciales. Así también, corresponde analizar la efectividad del mismo en el marco del proceso penal definido a nivel interno. Sin embargo, cabe aclarar que la Comisión no analizará la conducta individual de los particulares demandados por la presunta mala práctica médica cometida contra Melba del Carmen Suárez Peralta, sino que establecerá la eventual existencia de responsabilidad del Estado bajo sus obligaciones respecto de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, de conformidad con los deberes genéricos previstos en el artículo 1.1 de la misma.

En este sentido, la responsabilidad internacional del Estado será determinable en cuanto a lo previsto en el artículo 1 del Pacto de San José, es decir, por su falta a la obligación de respetar los derechos humanos, en este caso, el derecho a las garantías judiciales y la protección judicial. Este supuesto de violación se actualizó por la falta de actividad por parte del Poder Judicial ecuatoriano.

72. La Comisión entiende que Melba Peralta Mendoza interpuso la denuncia penal a favor de su hija, con la pretensión de obtener justicia y una justa indemnización, que le permitiera sufragar los costos de los tratamientos médicos necesarios para aliviar la deteriorada situación de salud de Melba del Carmen Suárez Peralta. En ese sentido, la CIDH también entiende que la interposición de una eventual acción civil de indemnización por daños y perjuicios, establecida en el artículo 2214 del Código Civil ecuatoriano, requería en este caso de un pronunciamiento penal previo contra los demandados, dada la prejudicialidad de lo penal.

73. Al respecto, corresponde a la Comisión hacer referencia a la afectación de Melba del Carmen Suárez Peralta al haber iniciado e impulsado un proceso penal por presunta mala práctica médica que concluyó sin resultado, con su prescripción. La Comisión nota que los eventos denunciados ante las autoridades judiciales se relacionan con la atención médica provista a la señora Suárez Peralta y provocaron una consecuencia de naturaleza permanente en la vida diaria de la presunta víctima, que implicaron varias intervenciones quirúrgicas y constante atención médicas. Asimismo, la Comisión nota que Melba del Carmen Suárez Peralta vio afectada su capacidad para realizar actividades laborales.

La Comisión Interamericana explica, en este sentido, que las violaciones a derechos humanos se iniciaron con la denunciada mala práctica de los particulares en sus actividades y que, desligada de la supervisión administrativa, se administró a la posterior falta de diligencia en el despacho oportuno del Poder Judicial para emitir sus resoluciones y esta situación junto a la atención médica provocaron afectaciones al derecho a la integridad personal de Melba Suárez, derecho que, como se ha visto ya, es interpretado por el SIDH para atender al derecho a la protección de la salud de las personas.

80. El peticionario alega que el Estado es responsable por la falta de juzgamiento de los profesionales de la salud que habrían incurrido en mala práctica médica en perjuicio de la señora Suárez Peralta mientras que el Estado sostiene que brindó los recursos adecuados y respetó la garantía del plazo razonable.

82. Ahora bien, la obligación estatal de investigar no se incumple solamente porque no exista una persona condenada en la causa o por la circunstancia de que, pese a los esfuerzos realizados, sea imposible la acreditación de los hechos. Sin embargo, la investigación judicial debe ser emprendida de buena fe, de manera diligente, exhaustiva e imparcial, y debe estar orientada a explorar todas

las líneas investigativas posibles que permitan la identificación de los autores del delito, para su posterior juzgamiento y sanción. A ese efecto, la normativa interna del Ecuador establece garantías como: la obligación de impulsar de oficio los procesos por parte del Ministerio Público y de actuar con diligencia y sin demora por parte de los jueces que conozcan las causas. Adicionalmente, la normativa ecuatoriana consagra el derecho a la salud como un derecho humano fundamental y establece la obligación del Estado de regular la atención de la salud de las personas sujetas a su jurisdicción, ya sea directamente o a través de terceros.

El precedente anterior, literalmente manifiesta, que la falta de acreditación de los hechos o personas o causas imputables al Estado, no determina el incumplimiento en las obligaciones internacionales siempre y cuando se cumpla con lo dispuesto por los ordenamientos internos, en el caso ecuatoriano, de la obligación del poder judicial para conocer sin demora de las causas de su competencia en relación a la actividad del Ministerio Público para impulsar los procesos. Justo a estas consideraciones, otro aspecto de relevancia en el tema es la regulación hacia los terceros que prestan servicios de salud que están sujetos a la regulación y jurisdicción del Estado y además;

83. No es función de la CIDH actuar como cuarta instancia respecto de lo actuado a nivel interno; sin embargo, cuando la conducta de las autoridades estatales conlleva una falla de las garantías protegidas a nivel interno y a nivel interamericano -que habría obstaculizado el derecho de acceso a la justicia vinculado con un reclamo sobre el derecho a la salud, que es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados - y violado los derechos a las garantías y protección judicial, amerita un análisis detallado de la diligencia con que se adelantaron las dos fases del proceso penal en los cinco años disponibles.

85. Cabe notar que una de las actuaciones que sí se diligenció fue la verificación de la situación laboral del señor Emilio Guerrero, resultado de la cual se constató que Guerrero Gutiérrez no había iniciado los trámites de aprobación de actividad laboral ni de carné ocupacional en Ecuador. Al respecto, la CIDH observa que el Código de Salud ecuatoriano regula toda materia o acción de salud pública o privada y establece un procedimiento para el ejercicio de las profesiones médicas. Asimismo, la “Ley de la Federación Médica ecuatoriana para el ejercicio, perfeccionamiento y defensa profesional” establece el procedimiento para que los médicos que hubieren obtenido su título profesional en el exterior, sean admitidos

al ejercicio profesional en el país. Sin embargo, la constatación de la falta no tuvo consecuencia alguna para la búsqueda de justicia y reparación por parte de las víctimas a nivel interno.

Esta situación del médico cirujano, pone de relieve, que aparte de lo que se sostiene en este caso, la Comisión IDH vuelve a detectar la omisión en la supervisión por parte de las autoridades administrativas que se relacionan con la violación al derecho humano a la protección de la salud.

86. Adicionalmente, la Comisión nota que a pesar de que la denuncia fue interpuesta para investigar también a cómplices y encubridores, no se habría iniciado de oficio una investigación contra los doctores Minchala y Bohórquez, sino hasta que la denunciante solicitó la ampliación del sumario. La falta de impulso procesal por parte de las autoridades tuvo como consecuencia que fueran las reclamantes las que tuvieron que pedir y formalizar la acusación contra cada uno de los eventuales implicados, sobre la base de su propio seguimiento del proceso. El Estado no llevó a cabo una investigación integral de los hechos denunciados, a pesar de que la información sobre la clínica Minchala fue aportada por las reclamantes desde un inicio, en su denuncia. Esta naturaleza fragmentada de la investigación que se realizó tuvo una marcada incidencia en su lentitud. Así, el proceso se caracterizó por la falta de impulso procesal de oficio y de mínimas garantías de debida diligencia. La falta de respuesta y demora en impulsar y diligenciar el proceso favorecieron con impunidad a los eventuales responsables puesto que el plazo para la prescripción se cumplió el 16 de agosto de 2005 y fue declarado el 20 de septiembre siguiente.

87. Por lo tanto, la Comisión considera que el sistema -tanto investigativo como punitivo penal interno- fue ineficaz y contribuyó a la impunidad en el presente caso, en razón de la negligencia u omisión de los responsables de impulsar y diligenciar el proceso. La Comisión observa además que, en el proceso penal en cuestión -relacionado con un deber estatal como es la supervisión de la atención y servicios de salud- el paso del tiempo incidió de manera relevante en las víctimas, dada la prescripción de la acción penal y la consecuente imposibilidad de obtener justicia; por lo que las autoridades judiciales debían asegurar que el procedimiento corriera con más diligencia a fin de que el caso se resolviera en un tiempo breve.

Con estas consideraciones hacia el sistema estructural ecuatoriano sobre la actividad ilegal del Ministerio Público y el Poder Judicial, la Comisión Interamericana declaró a Ecuador responsable de los perjuicios sufridos por Melba Suárez Peralta, como sigue:

106. De conformidad con las consideraciones de hecho y de derecho contenidas en el presente informe, la Comisión concluye que el Estado ecuatoriano violó el derecho a las garantías judiciales y la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Melba del Carmen Suárez Peralta y de su madre, Melba Peralta Mendoza.

De esta manera, el SIDH muestra tanto en la Comisión IDH como en la Corte IDH la forma en que a través del estudio de las violaciones a derechos humanos consagrados en la Declaración Americana puede conocer del resto de derechos que los Estados parte han reconocido a nivel interno.

En el primer caso, se hace relación al derecho a la protección de la salud perjudicado hasta provocar la muerte por la falta de supervisión de las autoridades administrativas en las actividades y establecimientos de los particulares que prestan servicios de atención médica. Este caso se vinculó para su conocimiento en el artículo 5 de la Convención Americana sobre la integridad personal y las obligaciones del Estado, contenidas en el Capítulo I de la misma Convención.

En el segundo caso, la violación al derecho a la protección de la salud se constituyó por la comisión de actos imputables a los particulares, sin embargo, dado que el SIDH no puede conocer de afectaciones a derechos humanos entre particulares, de forma directa, lo hace mediante la aplicación del Capítulo I y del Artículo 8 y 25 de la Convención Americana para determinar las violaciones y posteriores afectaciones hacia otros derechos humanos por falta de despacho oportuno en asuntos de carácter judicial de los Estados. Asimismo, esas

afectaciones se sitúan en especiales características porque las violaciones a derechos humanos, devenidas de las relaciones entre particulares al derecho a la protección de la salud y la falta de oportuno despacho por su denuncia ante hechos que constituyeron más vulneraciones y violaciones, ahora por el Estado, se extendieron a otras personas cercanas a quien en un primer momento vio transgredido su derechos humano.

EXAMINACIÓN JURÍDICA

VIII. La progresividad del derecho a la protección de la salud en el neoliberalismo, las violaciones entre particulares y el impacto en el desarrollo normativo

El Estado es un concepto político relativo a los sistemas organizacionales de grupos afines que se ha estudiado multidisciplinariamente a través de las relaciones interpersonales y la satisfacción de necesidades básicas de sus integrantes que en la actualidad está en conflicto por el contenido de los derechos humanos y de la intervención de factores individuales. Desde la adopción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, se pretendía la libertad sobre la opresión que ejerció el poder público, hasta antes del surgimiento del neoconstitucionalismo en las primeras décadas del siglo XX con el fin de la Segunda Guerra Mundial el Estado protegía a quien tuviera estatus de ciudadano y con la adopción de la Declaración Universal se perfiló sobre el concepto de humanos, lo cual, produjo la re conceptualización del Estado en la era moderna. Después de la Gran Guerra, el liberalismo se convirtió en una doctrina radical que superaba el concepto de humanos y solo buscaba la satisfacción material de las personas. De esta manera, a través del inicio de las relaciones internacionales, ese neoliberalismo influyó en las políticas públicas de los Estados y su contenido se observó en la actividad estatal como en el caso de México

desde 1985, principalmente en la administración pública y en la incorporación a los estándares internacionales de protección judicial, tanto institucional como privado.

El derecho a la protección de la salud tiene carácter de derecho fundamental y humano, aunque por aproximación conceptual, el legislador llama “derechos humanos” indistintamente, sin que por ello exista diferencia en el objeto que protege, en este caso. Además, en relación a ese derecho y por la interacción personal en busca de satisfactores, existen prestadores de servicios médicos particulares que pueden desatender el contenido de ese derecho o que el Estado no supervise sus actividades y por tanto, en el plano de las relaciones entre particulares, pueden causar violaciones al derecho humano de protección al estado de salud de las personas de forma irreparable o causar su muerte, de forma culpable o intencional.

La primera constituye violaciones a derechos humanos por omisiones de supervisión a cargo del Estado en las actividades de los particulares que prestan servicios de atención médica, el segundo supuesto constituiría un delito contra la salud o un homicidio. Esta investigación se refiere a la primera situación que radica su contenido en aspectos de constitucionalidad y descarta cualquier contenido de cualquier otra índole, especialmente penal, en todo caso, y por si fuera poco, tampoco es un tema asistencial del Estado sino de derechos humanos, pues no importa la intervención de los programas e instituciones del Estado sobre la protección, promoción, programas y servicios de salud. Es un tema que reviste carácter público, político e internacional en el desdoblamiento de las relaciones entre los particulares que, por la actividad del Estado, ya sea de acción u omisión pueden causar violaciones a derechos humanos y con ello sostener su responsabilidad internacional por violaciones, en el contexto del sistema regional de justiciabilidad de Derechos Humanos integrado por el SIDH.

Dentro del bloque de constitucionalidad y la supremacía de la ley, el derecho a la protección de la salud tiene un contenido multidireccional que puede

afectar o ser afectado por otras situaciones concretas. La Constitución reconoce y garantiza el derecho a la protección de la salud sin discriminación alguna, por parte de todas las autoridades y conforme a los principios interpretativos del propio texto constitucional y de los tratados internacionales con el fin de favorecer en todo tiempo, lugar y forma la protección más amplia posible de acuerdo con el caso concreto, a todas las personas.

En todo momento, el bloque de constitucionalidad determina las restricciones al ejercicio del derecho y sus garantías como elemento de seguridad y certeza jurídica. En caso de afectaciones al derecho a la protección de la salud por actos u omisiones de las autoridades del Estado mexicano, existen instituciones y procedimientos nacionales e internacionales a los cuales se puede acudir con el fin de solicitar la investigación, sanción y en su caso la reparación del daño por su actividad, cuando produce violaciones a derechos humanos como lo la protección a la salud, independientemente de las políticas públicas, de mercado, legales o de actuación de los Estados. De forma complementaria, se informa la preocupación de las organizaciones internacionales en temas de protección a la salud que han plasmado en instrumentos internacionales que forman parte de la evolución de conceptos que atañen a la población de cada Estado, a sus políticas públicas y a informar a la comunidad internacional de los avances y logros en el cuidado de la protección de la salud.

La detección de violaciones y formas de prevenirlas por parte de los Estados se logra mediante el análisis de casos en materia de derechos humanos, por lo cual, el elemento material de la presente investigación son diversos casos y las resoluciones adoptadas por órganos jurisdiccionales.

Es preciso concretar en el entorno mexicano inmerso en el neoliberalismo, el paternalismo y la búsqueda del perfeccionismo para detectar el desarrollo de la actividad del Estado frente a los particulares y precisar el alcance e impacto en las normas de carácter nacional con la intención de mejorar las condiciones humanas.

Como se ha calificado, el derecho a la protección de la salud se desarrolló a través de conflictos del Estado, de renovaciones técnicas y la implementación de leyes que regularan la protección de esas situaciones como parte de las políticas públicas estatales. Mediante la adopción de tratados internacionales en la materia, al menos en México, se ha reforzado vigorosamente ese derecho y las interpretaciones judiciales presentan un progresivo desarrollo de su contenido. Ya no es solo cuestión de cuidar las condiciones físicas de las personas, sino las garantías que el Estado ha establecido y reconocido para brindar mayor calidad de vida a las personas. Se nota que el progreso de ese derecho ha revolucionado los conceptos de salud, de estado de salud y de protección a esas situaciones; y precisamente ha llegado por el perfeccionismo que pretenden, al menos no declarado, de las instituciones públicas y los gobiernos.

Como fue analizado, el neoliberalismo está presente en el derecho a la protección de la salud en México y es un sistema que ha llegado de forma externa a nuestras sociedades, se ha arraigado en los documentos internacionales que fueron impuestos y cuya legitimidad es cuestionable en el campo de que no se presentó un referéndum que decidiera su aceptación, sino solo por cuestiones de control constitucional de la política internacional del país. Ese sistema es visible en los casos expuestos; el primero en que los particulares se ven fortalecidos en sus actividades por el Estado y, no obstante ello, plenamente abusa de esas condiciones y con su actuar se transgrede los derechos fundamentales. En el segundo caso, ese neoliberalismo se reflejó en el comportamiento de buscar la satisfacción material de los propios prestadores de servicios médicos, el dominio privado de sus bienes para evitar un daño en su esfera patrimonial y es notoria la degradación reglamentaria del Estado, de la que, valiéndose los médicos, buscaron la prevalencia de los conceptos privados como la situación irregular del médico en aquel país afectando permanentemente el derecho fundamental de la víctima.

Además, como se identificó plenamente aquí, el neoliberalismo y la protección de la salud está presente en las relaciones entre los Estados, entre particulares y entre el Estado y los particulares; en relaciones directas e indirectas del orden público y privado por cuestiones de efectos directos en sus interacciones y por la interpretación expansiva en aras de mejorar las condiciones de vida de las personas. Es por ello que el derecho a la protección de la salud escapa de la regulación en el derecho privado y social y se posiciona en el derecho público, bajo cualquier situación, aun entre particulares.



CONCLUSIONES Y APORTACIONES

IV. Conclusiones.

Por todo el desarrollo temático lo anterior y el orden de contenidos expuestos, se concluye en esta investigación, en el orden teórico, normativo vigente y real sobre el derecho a la protección de la salud en el neoliberalismo en las relaciones entre particulares, en un análisis de las resoluciones del SIDH y el PJF, a fin de comprobar el contenido hipotético expuesto al inicio de esta investigación, que:

El Estado es responsable de las violaciones al derecho a la protección de la salud cometidas por prestadores de servicios médicos particulares solo en caso que, cumplidas las obligaciones de esos prestadores de servicios, el Estado sea el que haga, omita hacer o tolere actividades propias que pongan en riesgo el derecho de los particulares frente a otros particulares y las garantías para su protección.

Asimismo, es de concluirse que las responsabilidades imputables al Estado son aquellas por violaciones al derecho a la protección de la salud de los particulares cuando de aplicar un sistema basado en el neoliberalismo deja de adecuar las normas del orden jurídico nacional e internacional, de tal modo que esa omisión cause un perjuicio tanto a los prestadores de servicios médicos particulares que afecte directamente su actividad en relación con el derecho a la protección de la salud de otros particulares a quienes preste un servicio.

En este sentido, y conforme a las conclusiones arriba indicadas, la hipótesis se cumple parcialmente, ello en razón de que no se puede imputar al Estado toda afectación sufrida en el derecho a la protección de la salud de los particulares por al sola intervención de prestadores de servicios médicos de iniciativa privada cuyas actividades están orientadas por los contenidos del modelo neoliberalista en un Estado que no previno los conflictos normativos que trascienden a derechos

humanos y garantías, ya que es necesario que la actividad de esos servidores particulares y la del Estado vaya en la misma dirección para producir la afectación.

La hipótesis se cumple parcialmente, también, porque de las relaciones entre los particulares y el Estado, siempre existen relaciones de efecto directo, como se explicó en el Capítulo II de este trabajo, que pueden entrar en conflicto con los derechos protegidos, sin embargo, ello está supeditado al exacto cumplimiento de las normas jurídicas vigentes para garantizar el contenido y desarrollo progresivo del derecho a la protección de la salud y no solo por las actividades de ambas personas, como es el Estado y los particulares.

En este orden de ideas, respecto de la cuestión formulada en el proemio de este trabajo como forma complementaria respecto del impacto del neoliberalismo en el derecho a la protección de la salud en el Estado intervencionista que reconoce la competencia del sistema interamericano de derechos humanos, se afirma en sentido positivo que, en virtud de estar frente a una investigación de carácter interdisciplinaria entre las actividades de los prestadores de servicios médicos particulares y del Estado frente a otros particulares, de carácter privado y público, respectivamente, ese impacto se produce a través del principio de interdependencia que tienen los derechos fundamentales cuando del control de convencionalidad se encuentra obligado el Estado a llevar a cabo actividades que vinculan su responsabilidad con la de otros Estado frente a la comunidad internacional, en este caso con las resoluciones del sistema interamericano de derechos humanos de la que ha aceptado su competencia consultiva y contenciosa, y además, dentro del constitucionalismo mexicano, por el precedente dictado en forma de tesis de jurisprudencia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que determinó la obligación de los jueces nacionales a orientarse por la jurisprudencia del sistema judicial interamericano, como se señaló textualmente en esta investigación.

Con base en el cumplimiento parcial de la hipótesis prevista al tenor de lo anteriormente señalado y a fin de reforzar el sentido, contenido y coherencia de esta investigación, se concluye, además, que:

PRIMERO.- La formación del Estado mexicano contemporáneo coincide con la recepción del neoliberalismo en América Latina y su apertura hacia los derechos humanos que ya contemplaban algunos tratados internacionales.

SEGUNDO.- El neoliberalismo es una doctrina multifocal analizada desde el punto de vista jurídico de su operación en la legislación del Estado mexicano

TERCERO.- Todos los derechos fundamentales humanos son categorías jurídicas universales, indivisibles, interdependientes y progresivos en su desarrollo que están protegidos por garantías desde su reconocimiento, ya consten estas últimas en descripciones normativas explícitas o que dentro de la interpretación integral que de la legislación hagan los operadores jurídicos se encuentre su contenido garantista. De esta manera y conforme a las normas jurídicas en materia de derechos humanos vigentes, se concluye que la tesis sobre la que un derecho sin garantía no es un derecho, está superada y es errónea aplicarla al derecho a la protección de la salud pues ello supone una violación directa a la Constitución porque anula el carácter progresivo y el principio pro persona.

CUARTO.- El derecho a la protección de la salud es un concepto muy avanzado pues se refiere al reconocimiento estatal e internacional sobre el deber de cuidado hacia el estado permanente de salud que las personas guardan. Este concepto se integra constitucionalmente de la acción de prevenir, proteger, respetar, garantizar y en su caso reparar el estado de salud permanente de una persona y de la omisión de transgredir, directa e indirectamente por los particulares, por el Estado o por ambos en cualquier relación interpersonal ese estado de salud. La salud es un estado condicionado por factores que escapan de la regulación del Derecho, a esa situación permanente el Estado ha reconocido una especial protección y es a este contenido de derecho al que se refiere el artículo 4° constitucional. El derecho a la salud es una mera perspectiva basada en aspiraciones individuales de hecho. En esta idea, se protege al objeto (estado salud) y no al objeto en si (la salud). La Suprema Corte de Justicia de la Nación

declaró que el primer concepto es el correcto, sin embargo, ella misma ha empleado esos conceptos en diversas resoluciones como sinónimos al armonizar (forzadamente) el contenido normativo de los tratados internacionales.

QUINTO.- En la actualidad, las relaciones interpersonales de particulares entre sí y frente al Estado poseen eficacia jurídica sobre los derechos humanos y por ellos puede haber transgresiones, vulneraciones o violaciones a esos derechos. La eficacia está condicionada por normas relativas al funcionamiento del Estado; esto es, si el Estado actúa u omite prevenir, investigar, sancionar y en su caso reparar los actos y omisiones de particulares que desarrollan actividades que originariamente corresponden al Estado con o sin su autorización, entonces se actualiza el supuesto de violaciones a derechos humanos entre particulares por efecto directo de las relaciones interpersonales con el Estado. La falta de relación con el Estado destruye la hipótesis y entonces se trata de delitos en el orden penal y no de violaciones a derechos humanos tratadas como cuestiones constitucionales.

SEXTO.- La responsabilidad del Estado por violaciones al derecho a la protección de la salud está sostenida en diversos supuestos: a) por lo que ha reconocido frente a la comunidad internacional y/o en las normas de Derecho internas relativas a ese derecho y/o a sus garantías; b) por las acciones que lleve a cabo con el fin de restringir y/o suspender ese derecho y/o las garantías para su protección, fuera de las condiciones que establece la Constitución; y c) por las omisiones en que incurra, con o sin la finalidad, para dejar de cumplir las obligaciones nacionales e/o internacionales sobre el derecho a la protección de la salud y/o sus garantías. En este sentido, el derecho y la garantía son inseparables y su existencia se condiciona por sí mismos, si se viola el derecho, necesariamente se habrá violado la garantía y si se viola la garantía se deja en estado de vulnerabilidad o violación al derecho, directa o indirectamente, en ambos supuestos.

SÉPTIMO.- La responsabilidad civil de los prestadores de servicios médicos de iniciativa privada por violaciones al derecho a la protección de la salud de alguna persona se establece en los siguientes supuestos: a) por acciones, positivas o negativas, dirigidas a modificar el estado de salud sin el consentimiento de las personas que contraten sus servicios; b) por no hacer aquello que expresa o tácitamente era necesario para evita la vulneración el estado de salud o la muerte. La responsabilidad patrimonial de los mismos depende de las acciones u omisiones, con o sin la finalidad, para observar o dejar de respetar, las disposiciones legales que al efecto sean expedidas para el desarrollo autorizado o no de sus actividades o servicios.

OCTAVO.- Los prestadores de servicios médicos de iniciativa privada en todo momento se rigen por las disposiciones en materia civil, ya sea en su contratación de servicios particulares o el arbitraje médico ante la CONAMED, dejando a salvo las cuestiones de control constitucional a los órganos jurisdiccionales superiores.

NOVENO.- La jurisprudencia del SIDH y el Poder Judicial en México han permitido estructurar el concepto de derechos con mayor solidez, por ejemplo, el derecho a la protección de la salud se ha visto reforzado desde la Reforma al Título I de la Constitución y con diversas resoluciones de carácter internacional en que se han adoptado criterios que protejan a ese derecho, como es, integrar la participación de los particulares para que sus actos no puedan ser sustraídos de la regulación del Estado. Con el llamado “Estado intangible” que hace relación al gobierno que ejercen los particulares sobre cuestiones de carácter público ahora es poco cuestionable que sus actos escapen de todo tipo de controles judiciales o que tengan repercusión en la responsabilidad internacional de los Estados. De aquí que indirectamente, las relaciones entre particulares tienen efectos, impacto y eficacia en el derecho a la protección de la salud, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

DÉCIMO.- La jurisprudencia del SIDH en especial de la Corte IDH tiene un carácter orientador que el Estado no puede dejar de atender bajo ninguna circunstancia so pena de incurrir en responsabilidades por violación al derecho a la protección de la salud y sus garantías.

DÉCIMO PRIMERO.- Efectivamente existe un impacto de las resoluciones de carácter interamericano en las emitidas por órganos judiciales nacionales que giran en torno al paradigma de la doctrina del neoliberalismo. La característica más detectada es la utilidad del estado de salud de las personas por los prestadores de servicios privados de atención médica para considerarla como un objeto de la prestación de servicios y obtener de ello una renta. Además, la regulación en el caso de la protección de la salud se encuentra aún muy arraigada en el derecho privado que regula el derecho civil o mercantil y deja de lado las cuestiones de derechos humanos.

DÉCIMO SEGUNDO.- Existe una línea perfectamente ya definida para establecer la diferencia entre violaciones a derechos humanos y delitos, la primera es cometida por el Estado en todas las relaciones que confluya la actividad de los particulares o que de su omisión se dirija, con o sin el objetivo, a dañar el estado de salud de las personas. En el caso de este trabajo, las violaciones a derechos humanos se han demostrado a través de las relaciones interpersonales de efecto directo entre particulares en que la eficacia de los derechos humanos tiene un impacto relacionado con la omisión de las autoridades para producir la falta de atención oportuna en su actividad y con ello, de forma indirecta cometer las violaciones a derechos y sus garantías.

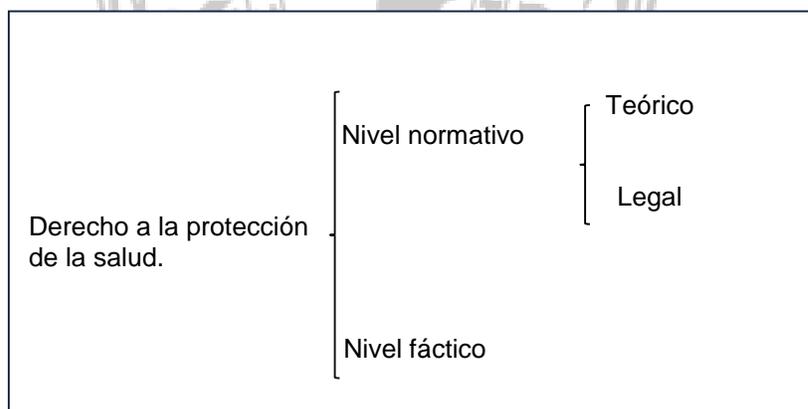
DÉCIMO TERCERO.- El derecho a la protección de la salud en el neoliberalismo consiste en la política que el Estado adopte para regular la actividad de los particulares que comprometen con su actividad el buen funcionamiento del Estado en sus relaciones internacionales.

DÉCIMO CUARTO.- El actual estudio del derecho a la protección de la salud en la normativa mexicana en el ámbito privado de las relaciones entre particulares dentro del contexto del neoliberalismo permite afirmar que ese derecho está en pleno desarrollo, ha avanzado gradualmente en los últimos seis años con la reforma constitucional de 2011 y los resolutivos de la contradicción de tesis 293/2011 junto a las disposiciones que los Estados deben adoptar del SIDH aun en aquellos casos que no sean parte. Las Conferencias Internacionales han puesto de manifiesto que el Estado debe intervenir mediante políticas sanitarias que involucre también a los particulares, de lo cual, el Alto Tribunal lo ha confirmado en las tesis que al efecto se citaron y que son de ésta, la décima época, es decir de contenido actual desprendido de la protección del Estado en los derechos humanos, es especial el derecho a la protección de la salud.

V. Aportaciones.

a) El concepto de *derecho a la protección de la salud*.

Este concepto se puede construir íntegramente desde dos niveles.



Para construir el concepto, se emplea todo lo investigado en este texto, por una parte el nivel normativo se constituyó en el capítulo uno y dos, respectivamente y el nivel factico se analizó en el capítulo tres. Así, el derecho a la protección de la salud, en el nivel normativo de carácter teórico es el reconocimiento que el Estado hace a todos los sectores de la población para dotar

de instrumentos diversos que les permitan mantener una cierta estabilidad en su estado de salud. El nivel normativo de carácter legal se estructura de forma sólida con todas las normas que constituyen el orden jurídico nacional, incluidos los tratados internacionales, y es, por una parte la obligación del Estado para respetar las condiciones de salud mediante acciones y omisiones de las autoridades en su ámbito de competencia y por otra, el derecho subjetivo de cada persona para emplear los instrumentos diversos que el Estado le brinde a fin de proteger su estado de salud que comprende temas de medio ambiente, política sanitaria, vacunación, servicio de emergencia, información de salud, programas de atención estomatológica, sexual, reproductiva, alimentación entre otros más.

El nivel fáctico es la apreciación de este derecho como resultado de la aplicación del nivel anterior en sus dos vertientes para determinar su cumplimiento o no dentro del orden creado por el Estado, desde el derecho sustantivo y adjetivo hasta su garantía normativa.

b) Reformas.

Es de proponerse las siguientes reformas a las normas generales que siguen en virtud de lo siguiente:

Actual párrafo tercero del artículo 1º constitucional.	Reforma al párrafo tercero del artículo 1º constitucional.
<p>Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.</p>	<p>Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos y a sus garantías, en los términos que establece la ley.</p>

Esta idea de reformar el Artículo primero, atiende a que el Estado, a través de sus autoridades debe prevenir, investigar, sancionar y reparar en la medida de lo posible, también las afectaciones a las garantías para proteger el derecho porque en el supuesto de violar una garantía, se deja al derecho en situación de vulnerabilidad. Además, es incorrecto el empleo del modo subjuntivo del discurso en vista que la actuación del Estado, según el derecho vigente debe ser real y actual, es decir, debe normarse las condiciones actuales y no aquellas que resulten futuras de realización incierta. Esta propuesta atiende a cuestiones de sistemática normativa, en el primer caso, y de argumentación jurídica, en el segundo.

Actual Artículo 1o. BIS de la LGS.	Reforma al Artículo 1o. BIS de la LGS.
<p>Artículo 1o. Bis.- Se entiende por salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.</p>	<p>Artículo 1o. Bis.- <i>El derecho a la protección de la salud comprende el empleo de procesos, productos, métodos, instalaciones, servicios o actividades que permitan mantener un completo bienestar físico, mental y social a las personas en un entorno libre de cualquier afección o enfermedad.</i></p> <p><i>Se entiende por salud de las personas el estado de completo bienestar físico, mental y social, libre de afecciones o enfermedades.</i></p>

El Artículo vigente contempla el concepto de salud cuya relevancia jurídica de orden constitucional es superflua en vista del contenido constitucional que reconoce el “derecho a la protección de la salud” no el derecho a la salud. Por tanto, ese concepto debe situarse en otro tipo de normas jurídicas, no en la Ley

reglamentaria de la Constitución. Por lo anterior, debe definirse el derecho a la protección de la salud y no el estado de salud, pues la importancia de la ley reglamentaria radica en desarrollar primariamente el contenido de la Norma Suprema. Además, el derecho a la protección de la salud es de orden jurídico, mientras que la salud atiende a los aspectos biológicos, culturales y sociales que influyen en las condiciones de la calidad de vida de las personas que escapan del ámbito de protección y garantía que cualquier orden normativo puede regular. Esta propuesta se basa en establecer ordenadamente la regulación del derecho a la protección de la salud como un derecho subjetivo de orden jurídico y eliminar de la Ley reglamentaria la definición de salud que atiende a cuestiones de la biología, primeramente.



BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS IMPRESOS

ABRAMOVICH, Víctor, AÑÓN, María José, COURTIS, Christian (compiladores), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Ed. Fontamara, México, 2013.

AGUILAR BALDERAS, Lidia, *Teoría general del Estado*, Grupo Editorial Patria, México, 2008.

ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Ed. Fontamara, 1ª ed., México, 1993.

-----, *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimpresión, Madrid, 2012.

ALEGRE, Marcelo, *Igualdad, derecho y política*, Ed. Fontamara.

BECCHI, Paolo, *El principio de la dignidad humana*, Ed. Fontamara, México, 1ª ed., 2012.

BECERRA RAMIREZ, José de Jesús, *El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales*, Editorial Ubijus y Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, México, 2010.

BEDJAOUI, Mohammed, *Hacia un nuevo orden económico internacional*. Ediciones Sígueme, Salamanca, España, 1979.

BIDART CAMPOS, Germán J, *Teoría general de los derechos humanos*, Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM. 1ª ed., México, 1989.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El jurista y el simulador del derecho*, Ed. Porrúa, México, 1998.

CISNEROS FARÍAS, Germán, *Lógica jurídica*, Ed. Porrúa, México, 2007.

CRESPO, José Antonio, *Para entender el Estado*, Nostra ediciones, México, 2006.

DIETERLEN, Paulette, *Justicia distributiva y salud*, Ed. Fondo de Cultura Económica y UNAM, México, 2015.

EZCURRA, Ana María, *¿Qué es el neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente*, Editorial Lugar.

FAYT, Carlos Santiago, *Historia del pensamiento político: La edad moderna. La reforma. El absolutismo. El Estado liberal moderno. Tomo dos*, 2ª edición, Editorial La Ley, Argentina, 2010.

FERNÁNDEZ, Saxe, *Globalización: crítica a un paradigma*, Ed. Plaza y Janes, México, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Ed. Trotta, 29ª edición, Madrid, 2010.

-----, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Trad. Andrea Greppi, Ed. Trotta, 2ª edición, Madrid, 2009.

-----, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Ed. Trotta, 7ª edición, Madrid, 2010.

-----, Luca Baccelli., Michelangelo Bovero y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía (coord.), *Dialogo Jurisprudencial*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, IJ UNAM y Fundación Konrad Adenauer, México, 2013.

GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría del Estado*, Ed. Porrúa, México, XXX.

GARCÍA MENÉNDEZ, José Ramón (coord.), *En la encrucijada del neoliberalismo: retos, opciones, respuestas*, IEPALA, Madrid, 2000.

GARCÍA PEÑA, José Heriberto y W. A. GODÍNEZ MÉNDEZ (coord.), *Temas actuales del derecho. El derecho en la globalización*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2014.

GÓMEZ GRANILLO, Moisés, *Breve historia de las doctrinas económicas*, Ed. Esfinge, 24ª edición, 13ª reimpresión, México, 2010.

GONGORA RODRÍGUEZ, Roberto, SANCHEZ LARRAGA, Fernando, VADOGRAJALES, Luis Octavio y VEGA HERNANDEZ, José Rodolfo (coord.), *Medio alternos de resolución de conflictos con énfasis en mediación*. Editorial Fundación universitaria de derecho, administración y política, México, 2009.

GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, Ed. Porrúa, 15ª edición, México, 2007.

GONZALEZ MORFÍN, Efraín, *Temas de filosofía del derecho*, Ed. Limusa, 2ª edición, 2ª reimpresión, México, 2003.

GONZÁLES PLACENCIA, Luis y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (coord.), *Derechos humanos: actualidad y desafíos. Tomo I*. Ed. Fontamara, 2ª. Ed. México, 2013.

GUERRERO, Omar, *Neoliberalismo. De la utopía a la ideología*, Ed. Fontamara, 1ª edición, México, 2009.

IBARRA ESCOBEDO, Rubén, *Construcción del estado neoliberal y decadencia de oportunidades de bienestar en México*, Ed. Lito Grapo, UAEM y Porrúa, México, 2010.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Ed. Fontamara, 22ª reimpresión, México, 2009.

-----, *La teoría pura del derecho*, trad. Eduardo García Máynez, 3a. ed., México, UNAM, 1979.

LARA PATRÓN, Jesús Rubén, *Algunas resoluciones relevantes del Poder Judicial en materia de derechos humanos*, Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1ª edición, México, 2013.

LUKES, Steven, RAWLS, John, MACKINNON, Catharine A, y otros, trad. Hernando Valencia Villa. *De los derechos humanos. Las conferencias de Oxford Amnesty de 1993*. Ed. Trotta, Madrid, 1998.

MÁRQUEZ ROMERO, Raúl y HERNANDEZ MONTES DE OCA, Ricardo, *Lineamientos y criterios del proceso editorial*, 2ª edición, IJ UNAM, México, 2013.

MOCTEZUMA BARRAGÁN, G, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, Ed. Cámara de Diputados LVIII legislatura y UNAM, México, 2002.

NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, ed. Astrea, 2ª edición, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 2007.

PERALTA SÁNCHEZ, Jorge y ESPINOSA MARTÍNEZ, Patricia, *Mundos normativos y orden jurídico*, UNAM, México, 1ª reimpresión, 2001.

OROZCO SANCHEZ, Cesar Alejandro, *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en México*, Editorial Ubijus, México, 2012.

PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado. Teoría Política*, Ed. Porrúa, México, 1998.

QUINTANA ROLDÁN, Carlos y SABIDO PENICHE, Norma., *Derechos humanos*, Ed. Porrúa, México, 1998.

SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Alianza Editorial, 1ª edición, 1ª reimpresión, Madrid, España, 2002.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Derecho a la salud. Número 84”, *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, SCJN y UNAM, México, 2016.

SAYEG HELÚ, Jorge, *Introducción a la historia constitucional de México*, Publicaciones Administrativas contables Jurídicas, México, 2011.

RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, *Derecho a la protección de la salud y los derechos de los pacientes*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”.

REYES HERÓLES, Federico, *Ensayo sobre los fundamentos políticos del Estado contemporáneo*, UNAM, 3ª edición, México, 1989.

RUBIO CARRACEDO, José., ROSALES, J. M., y TOSCANO MÉNDEZ, M., *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Universidad Carlos III de Madrid, España,

TORRES ESTRADA, Pedro (compilador), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Ed. Limusa y el ITESM, México, 2006.

VAN BEUREN, Ingrid y SOTO BADILLO, Óscar (coord.), *Derechos humanos y globalización alternativa: una perspectiva iberoamericana*, Universidad Iberoamericana Puebla y otros, *Colección Separata*. 1ª reimpresión, ed. Universidad Iberoamericana Puebla, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Comisión de Derechos Humanos Puebla, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, 1ª reimpresión, México, 2006.

VON BERTALANFFY, Ludwig, *Teoría general de los sistemas: fundamentos, desarrollo, aplicaciones*, trad. Juan Almela, Fondo de Cultura Económica, 5ª reimpresión, México, 1986.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, Trotta, 3ª ed., Madrid, 1999.

DICCIONARIOS

FERRER MAC – GREGOR., Eduardo, RAMÍREZ, F. M., y MEJÍA, G. F. A. (Coordinadores), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional. A – F, tomo I*, Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.

FERRER MAC – GREGOR., Eduardo, RAMÍREZ, F. M., y MEJÍA, G. F. A. (Coordinadores), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional. G – Z, tomo II*, Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.

BIBLIOGRAFÍA DIGITAL

Von Hayek, Friedrich August., *Camino de servidumbre*.

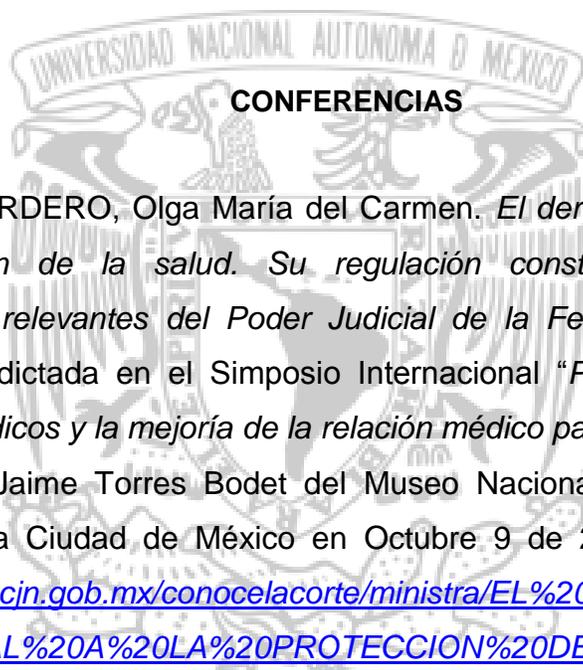
Carbonell Sánchez, José y Carbonell Sánchez, Miguel, *El Derecho a la salud: una propuesta para México*, UNAM, México 2013. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3709/8.pdf>

PUBLICACIONES PERIÓDICAS DIGITALES

Derecho a la salud. Situación en países de América Latina. Publicado por Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo y la Asociación Latinoamericana de Medicina Social – ALAMES. Disponible en: <http://www.pidhdd.org>

El derecho a la salud. Folleto informativo número 31. Folletos informativos sobre derechos humanos. Publicado por: Organización del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.ohchr.org>

Instituto de Iberoamericano de Derecho Constitucional, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 32, Enero - Junio 2015, Formato electrónico disponible a través de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/2/art/art4.pdf>.



SÁNCHEZ CORDERO, Olga María del Carmen. *El derecho constitucional a la protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México.* Conferencia dictada en el Simposio Internacional “Por la calidad de los servicios médicos y la mejoría de la relación médico paciente”, celebrada en el Auditorio Jaime Torres Bodet del Museo Nacional de Antropología e Historia en la Ciudad de México en Octubre 9 de 2000. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20A%20LA%20PROTECCION%20DE%20LA%20SALUD.pdf>.

TÉSIS PROFESIONALES

Tesis para obtener el grado de doctor en Derecho. Serna de la Garza, José María, *El impacto de la globalización en el derecho constitucional*, IIJ, UNAM, 2011.

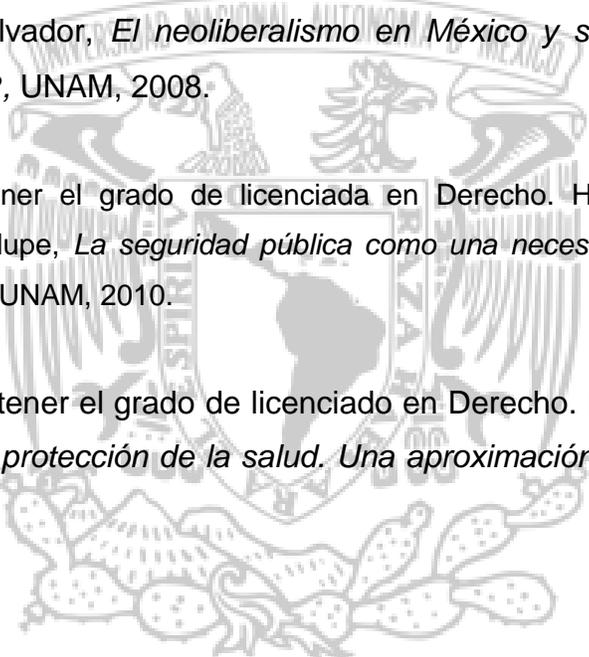
Tesis para obtener el grado de doctor en Estudios Latinoamericanos. Contreras y Tirado. Bonifacio, *Deterioro de los mínimos de bienestar en el neoliberalismo en México (1982 – 2006)*, UNAM, 2008.

Tesis para obtener el grado de licenciado en Derecho. Sánchez Ávila Echavarría, Francisco Javier, *Crisis, derechos humanos y neoliberalismo. El ejemplo del nuevo modelo del estacionamiento en la vía pública en el Distrito Federal*, UNAM, 2014.

Tesis para obtener el grado de licenciado en Economía. Gutiérrez Cruz, Francisco Salvador, *El neoliberalismo en México y sus consecuencias a partir de 1982*, UNAM, 2008.

Tesis para obtener el grado de licenciada en Derecho. Hernández Hernández, Martha Guadalupe, *La seguridad pública como una necesidad, desde un marco constitucional*, UNAM, 2010.

Tesina para obtener el grado de licenciado en Derecho. Reina Iturria, Carlos, *Derecho a la protección de la salud. Una aproximación conceptual*, UNAM, 2012.



LEXIGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Ley General de Salud.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley Orgánica del Poder judicial de la Federación.

Reglamento Interno de la Comisan Nacional de Arbitraje Médico.

TRATADOS INTERNACIONALES

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Carta de Naciones Unidas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

CIBERGRAFÍA

- Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/>
- [Buscador Jurídico de la Corte IDH](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contencioso.s.cfm?lang=es) http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contencioso.s.cfm?lang=es
- [Cámara de Diputados](http://www.diputados.gob.mx/) <http://www.diputados.gob.mx/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos <http://www.cidh.or.cr/>
- [Comisión Nacional de Arbitraje Médico](http://www.conamed.gob.mx/main_2010.php) http://www.conamed.gob.mx/main_2010.php
- [Corte Interamericana de Derechos Humanos](http://www.corteidh.or.cr/) <http://www.corteidh.or.cr/>
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México <http://www.juridicas.unam.mx/>
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos <http://www.ohchr.org/>

- [Semanario Judicial de la Federación](http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx)
<http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx>
- [Suprema Corte de Justicia de la Nación](https://2www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx)
<https://2www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>
- [Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación](http://www.tepjf.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx)
<http://www.tepjf.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>

